Über Wesen und Wirkung der Mängel einer vermieteten Sache nach den §§ 537—541 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Harry Ludewig aus **Rostock,**
Gerichtsassessor, Neustrelitz.

Neustrelitz 1904.
Druck der Hofbuchdruckerei H. Bohl.

Über Wesen und Wirkung der Mängel einer vermieteten Sache nach den §§ 537—541 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Harry Ludewig aus **Rostock,**

Gerichtsassessor, Neustrelitz.

AUAD. LANDBAU BIBL

Neustrelitz 1904.
Druck der Hofbuchdruckerei H. Bohl.

Inhaltsübersicht.

I. Teil.

Gesetzesterminologie und Begriffsabgrenzung. pag.

A. Terminologie 1
1. natürliche Mängel 1
a. Tauglichkeitsfehler 1
b. Fehlen zugesicherter Eigenschaften 1
2. juristische Mängel 2
B. Begriffsabgrenzung 3
1. Mängel der Sache 3
a. die Voraussetzungen des § 537 Abs. 1 3
α. Fehlerhaftigkeit 3
β. Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit . . . 6
b. die Voraussetzungen des § 537 Abs. 2 8
α. Zusicherung 8
β. Eigenschaft der Sache 8
γ. Fortfall des Merkmals: vertragsmässiger Gebrauch . 8
δ. zugesicherte Grösse eines Grundstücks 10
2. Mängel im Recht 10
a. Recht eines Dritten 11
b. Entziehung des Gebrauchs der Sache 12

II. Teil.

Die juristische Natur der Mängel einer vermieteten Sache. Ein Fall der Unmöglichkeit der Leistung 13

III. Teil.

Die Rechtsfolgen nach den §§ 537—541 19
Allgemeines 19
A. Herabsetzung des Mietzinses 20
I. Die Rechtsnatur der Miete und die wechselseitige Bedingtheit der Verpflichtungen 20
II. Die gesetzliche Regelung. Berechnung der Herabsetzung . 22
III. Das Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen . . . 25
IV. Fortsetzung und Folgesätze 27

pag.
B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Selbsthülferecht des Mieters 29
I. Allgemeines 29
II. Nachträgliche, vom Vermieter zu vertretende Mängel . . 30
III. Verzug in der Beseitigung eines Mangels 31
1. die Mängelbeseitigungspflicht des Vermieters . . . 31
2. der Schadensersatzanspruch wegen Verzuges . . . 32
3. das Selbsthülferecht des Mieters 35
IV. Ursprüngliche Mängel 37
1. ursprüngliche Rechtsmängel 37
2. ursprüngliche Sachmängel 39
a. zugesicherte Eigenschaften 39
b. Tauglichkeitsfehler 40
3. Zusammenfassung 40
V. Umfang und Inhalt des Schadensersatzanspruchs 41
C. Änderung und Fortfall der Gewährleistungspflicht 43
I. Vertragsmässige Regelung 43
II. Kenntnis des Mieters vom Mangel 44
1. bei Abschluss des Vertrages 44
2. bei der Annahme der Sache 47
3. im Laufe der Mietsdauer 48
III. Schuldhafte Unkenntnis des Mieters 49
1. beim Vertragsschluss 49
2. zu andrer Zeit 50
IV. Vom Mieter zu vertretende Herbeiführung des Mangels . 51

Litteraturübersicht.

I. Lehrbücher.

Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 2. Aufl. 1899, Bd. 1.
Dernburg, D. bürgerl. Recht. Bd. 2. 1899/1901.
Endemann, Lehrb d. bürgerl. Rechts. II. Teil 3 u. 4. Aufl. 1898.
Enneccerus u. Lehmann, D. bürgerl. Recht. Bd. 1 II 1900.
Matthiass, Lehrb. d. bürgerl. Rechts II. Aufl. 1899 Bd. 1.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1897.

II. Kommentare.

Haidlen, B. G.-B. mit Motiven und sonstigen Vorarbeiten Bd. I 1897.
Neumann, Handausgabe d. B. G.-B. 1899 Bd. 1.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 1899.
Planck, B. G.-B. II. Aufl. Lieferung 3 u. 4.

III. Einzelabhandlungen.

Arnold, Wohnungsmiete II. Aufl. München 1900.
Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines B. G.-B. in Bekker u. Fischers Beiträgen.
Borcherdt, Mietsrecht. Breslau 1899.
Brückner, Miete von Wohnungen. Leipzig 1900.
Brühl, Miete und Pacht III. Aufl. Stuttgart 1900.
Fränkel, Miet- und Pachtrecht Berlin 1897.
Fuld, Mietrecht Leipzig 1898.
Hesselbach, Mieter und Vermieter, Düsseldorf.
Kolbow, B. G.-B. in volkstüml. Vorträgen, Schwerin.
Mittelstein, Die Miete, Berlin 1900.
Niendorff, Mietrecht V. Aufl. 1900.
Schöller, Schuldhafte Nichterfüllung von Verträgen in Gruchots Beiträgen 46. und 45. Jahrgang.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0083

I. Teil.

Gesetzesterminologie und Begriffsabgrenzung.

Terminologie.

A. Die §§ 537—541 B. G. B. regeln Begriff und Wirkung von Mängeln einer vermieteten Sache, und zwar handeln von den natürlichen Mängeln die §§ 537 bis 540, von den juristischen Mängeln der § 541. Die Wirkung beider Arten ist im allgemeinen — nämlich abgesehen von der Unanwendbarkeit des § 539 Satz 2 bei juristischen Mängeln — gleichmässig geordnet. Der § 542 enthält implicite noch eine weitere Wirkung von Mängeln, die diesen aber nicht eigentümlich ist, sondern ihnen mit einer Reihe von andern Tatbeständen gemeinsam zukommt. —

1. Was das Gesetz unter natürlichen Mängeln verstanden wissen will, ergiebt § 537. Es gehören hierher zwei Fälle:

a) die vermietete Sache ist mit einem „Fehler" behaftet, der ihre „Tauglichkeit zu dem vertragsmässigen Gebrauch aufhebt oder mindert." (§ 537 Absatz 1.)

b) das Fehlen einer „zugesicherten Eigenschaft", als welche bei einem Grundstück auch die zugesicherte Grösse gilt. (§ 537 Absatz 2.)

Ausschliesslich diese beiden Fälle fasst das Gesetz unter der Bezeichnung „Mangel" der gemieteten Sache zusammen. Das geht hervor aus der allmählich sich steigernden Ausdrucksfreiheit im § 538, der zuerst von einem „Mangel der im § 537 bezeichneten Art" und von „einem solchen Mangel", schliesslich aber nur noch schlechthin von einem „Mangel" spricht, wie es auch die folgenden §§ tun. Der Begriff „Mangel" ist also nach

dem Sprachgebrauch des Gesetzes der den beiden Begriffen Tauglichkeits-„Fehler“ und Nichtvorhandensein einer „zugesicherten Eigenschaft“ gemeinsam übergeordnete Begriff*) und sein Inhalt und Umfang sind ohne weiteres bestimmt durch Inhalt und Umfang dieser Unterbegriffe. Auf die in ihnen gedachten Tatbestände allein, als auf die natürlichen Mängel der vermieteten Sache beziehen sich unmittelbar die §§ 537—540 B. G.-B.

2. Der Tatbestand der juristischen Mängel oder der „Mängel im Recht“ wie im Anschluss an § 439 auch bei der Miete gesagt werden darf, wird im § 541 dahin festgelegt, dass „durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmässige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird.“ Diese Voraussetzung entspricht derjenigen im § 537 Abs. 1. Begrifflich liesse sich ihr weiter der Fall nebenordnen, der dem Abs. 2 des § 537 entsprechen würde, dass nämlich eine bestimmte Rechtsklage der Sache zugesichert aber nicht vorhanden wäre, oder später wegfiele, ohne dass doch darum das fremde Recht, dessen Abwesenheit zugesichert wurde, an sich dem Gebrauch des Mieters entgegensteht, oder ohne dass es infolge des fremden Rechtes wirklich zur vollständigen oder teilweisen Eviktion kommt. (Denn auch im § 537 Abs. 2 ist nicht notwendig vorausgesetzt, dass das Fehlen der Eigenschaft den vertragsmässigen Gebrauch irgendwie beeinträchtigt; vergl.

---

*) Dies wird von Einigen verkannt, welche „Mangel“ beliebig statt „Fehler“ setzen, und beiden die „Zusicherung“ koordinieren. Aber die Erkenntnis jener gesetzlichen Terminologie ist nicht Wortspielerei, sondern für das richtige Verständnis des Gesetzes notwendig. Die Materialien zur „Miete“ sprechen sich allerdings über die Terminologie nicht aus, wohl aber diejenigen zu den „Veräusserungsverträgen“ (Mot. II zu §§ 381, 382 des Entw. I, S. 226 s. Haidlen B. G.-B. zu § 460 Bd. I S. 527.) Und diese Erwägungen sind offenbar auch bei der Wortfassung der Bestimmungen über die Miete massgebend gewesen, wenn auch die Begriffe hier im einzelnen abweichen. Vergl. noch § 460, wo „Mangel“ und „Fehler“ wörtlich einander gegenüber gestellt sind, wie es begrifflich auch im § 539 Satz 2 geschehen ist.

Borchert S. 50). Es könnte sich z. B. der Mieter zusichern lassen, dass Vermieter wirklicher, oder dass er alleiniger Eigentümer der Sache, oder dass diese frei von allen dinglichen Rechten Dritter sei u. s. w. Der Mieter würde dadurch etwa einen besseren Schutz schon vor dem blossen Drohen der Eviktion erlangen können und vertragsmässig ähnlich gestellt sein, wie es gesetzlich der Käufer ist. (§ 434). — Da aber das Gesetz über derartige Zusicherungen an dieser Stelle schweigt, so folgt daraus, dass ihre Nichterfüllung nach den allgemeinen Grundsätzen, nicht nach denjenigen über die Gewährleistung wegen Rechtsmängel zu beurteilen wäre.

Es kommen also für die Anwendung der §§ 537 bis 540 nach Massgabe des § 541 wegen eines Mangels im Rechte immer nur diejenigen Fälle in Betracht, in welchen das fremde Recht wirklich zur Eviktion d. h. zur vollständigen oder teilweisen Gebrauchsentziehung der Sache gegenüber dem Mieter führt.

Begriffsabgrenzung.

B. Nachdem so aus den Gesetzesworten der Anhalt dafür gefunden ist, was überhaupt unter physischen oder rechtlichen Mängeln der vermieteten Sache verstanden werden muss und darf, soll im Folgenden versucht werden, diese Begriffe aus den gewonnenen Gesichtspunkten heraus näher zu bestimmen, und namentlich ihren Umfang nach der negativen Seite hin abzugrenzen; denn eine positive Ausschöpfung ihres Inhalts erscheint bei der ausserordentlichen Mannigfaltigkeit der in Frage kommenden Fälle kaum möglich.

1. Mängel der Sache.

a) Die beiden wesentlichen Merkmale der im § 537 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzung sind einerseits Fehlerhaftigkeit der Sache und andererseits Beeinträchtigung ihrer Tauglichkeit zum vertragsmässigen Gebrauch durch den Fehler.

α) Nach der natürlichen Auffassung wird man unter einem „Fehler“ nur einen materiellen Fehler der Sache

selbst, oder doch einen solchen, welcher unmittelbar an der Sache haftet, denken. Die Auffassung allein entspricht m. E. auch dem Sinne des Gesetzes. Es ist durchaus notwendig, jene Einschränkungen zu machen, wenn der Fehlerbegriff sich nicht ins Unfassbare verflüchtigen soll. — Hierin wird häufig gefehlt. Die bequeme Anwendbarkeit der §§ 537 ff verführt dazu, es mit der begrifflichen Voraussetzung der verschiedenen Mängelarten nicht allzugenau zu nehmen, und die §§ über Mängelhaftung unmittelbar dort anzuwenden, wo von Mängeln und Fehlern im Gesetzessinne nicht die Rede sein kann, anstatt dass man in solchen Fällen die gleiche Rechtswirkung, welche die ungerechtfertigte Anwendung der §§ 537 ff liefert — wie meistens möglich ist — aus den allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung zu begründen sucht. Dieser Vorwurf trifft namentlich die Schriftsteller, welche die von andern Voraussetzungen ausgehenden Entscheidungen des gemeinen Rechts, A. L. R. usw. als durch die §§ 537 ff des B. G.-B. gedeckt darzustellen sich bemühen (z. B. Niendorff an vielen Stellen; vgl. auch die weiter unten zitierten Entscheidungen).

Nicht hierher gehören bei den gedachten Einschränkungen also einerseits die Fälle, in denen die Sache selbst fehlerlos ist, ihr Gebrauch jedoch nach den begleitenden Umständen dem anständigen Mieter beeinträchtigt wird oder überhaupt nicht zugemutet werden kann, z. B. wegen schlechten Rufs des Grundstücks (Sächsisches Archiv f. bürg. Recht Bd. 10 S. 369, Urteil des R. G. v. 12. Juni 1900 f. preuss. A. L. R.) oder weil ein Haus von Dirnen, welche die Unzucht gewerbsmässig betreiben, bewohnt wird oder früher (!) bewohnt worden ist (Badische Rechtspraxis 1900 S. 175, Soergel Rechtssprechung 1900/01 S. 64). Will man hier im Ernste von einem „Fehler der Sache“ reden, so muss man schliesslich dazu kommen, ein vorzüglich gebautes und mit allem nur denkbaren Luxus ausgestattetes Haus für „fehlerhaft“ zu erklären, weil irgendwo

in der Nachbarschaft liederliche Weiber wohnen, deren Treiben das sittliche Gefühl des Mieters beleidigt — oder ein gut erhaltenes Buch, welches ein Feinfühliger zu wissenschaftlichen Zwecken aus der Mietsbücherei entnimmt, als mit einem „Fehler" behaftet anzusehen, weil es einst der Bibliothek eines Juristen angehörte, der viele Jahre hindurch seine Klienten in der gröblichsten Weise betrogen hat. In derartigen Fällen aber die Gebrauchsbeeinträchtigung — vorausgesetzt, dass eine solche nach der Sachlage überhaupt angenommen werden kann — auf einen Fehler der Sache zurückzuführen, widerspricht meines Erachtens dem natürlichen Gefühl umsomehr, als dem Mieter hier meistens, wie sich später zeigen wird, auch ohne die gezwungene Konstruktion und ohne Berufung auf §§ 537 ff geholfen werden kann.

Andrerseits gehören nicht hierher die Fälle, in welchen der Mieter einer Wohnung im vertragsmässigen Gebrauch derselben beeinträchtigt wird: durch störendes Verhalten der Mitbewohner oder durch den Lärm benachbarter Kegelbahnen, geräuschvoller Fabrikbetriebe usw., der Mieter eines Geschäftslokals dadurch, dass im Mietshause oder in der Nachbarschaft ein Gewerbe eingerichtet wird, welches demjenigen, zu dessen Betrieb die Mietsräume gemietet sind, Konkurrenz zu machen droht. Auch bei diesen und ähnlichen ausserhalb des speziellen Mietsobjekts liegenden Umständen wird man von einem Fehler der Sache kaum reden können. In allen derartigen Fällen dürften vielmehr, soweit überhaupt eine Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, die allgemeinen Rechtsbehelfe: Erfüllungsanspruch (§ 536), Folgen der Nichterfüllung und des Verzugs (§§ 323 ff, 284 ff), eventuell Anfechtung wegen Betrugs, Irrtums (wegen letzteren allerdings wohl sehr selten, da meistens nur Irrtum im Motiv vorliegen wird), ferner bei der ganz allgemeinen Fassung seiner Voraussetzung der § 542 am Platze sein, nicht aber die besonderen Bestimmungen der §§ 537 ff.

Dagegen gehören hierher allerdings, wie ich annehmen möchte, die Fälle, in denen die Ursache der Gebrauchsbeeinträchtigung mit der Mietssache selbst eng verknüpft ist, z. B. Vorhandensein von Ungeziefer (Wanzen, Ratten etc.) in der Wohnung*), oder in denen die, wenngleich von aussen kommende Einwirkung den Zustand der Sache selbst, nicht nur den Mieter persönlich berührt, z. B. infolge der Nachbarschaft eines Eisspeichers ist die Wohnung feucht und unheizbar geworden. — Die Entscheidung, ob ein „Fehler" vorliegt, kann mitunter zweifelhaft sein; praktisch ist es aber häufig bedeutungslos, ob die Gebrauchsbeeinträchtigung auf Fehlern oder andern Gründen beruht, da die allgemeinen Grundsätze vielfach zu dem gleichen Resultat führen, wie die §§ 537 ff.

β) Durch den Fehler muss die Tauglichkeit der Sache zu dem vertragsmässigen Gebrauch aufgehoben oder gemindert sein. Dadurch unterscheidet sich die Voraussetzung des § 537 von derjenigen der entsprechenden Bestimmung beim Kauf (§ 459), wo auch eine Beeinträchtigung des Wertes oder der Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch in Betracht kommt.**) Da der Gebrauch einer Sache ein sehr verschiedener sein kann, so folgt, dass derselbe objektive Fehler die Tauglichkeit der Sache zum vertragsmässigen Gebrauch bald ganz aufhebt, bald nur mindert, bald aber garnicht berührt. So wird eine Villa mit völlig unbrauchbaren Öfen den vertragsmässigen Gebrauch trotz des Fehlers in vollem Umfange gestatten, wenn sie nur für einige Sommermonate gemietet ist.***) Eine Sache, die, objektiv betrachtet, voller Fehler ist, kann nach der subjektiv von den Parteien gewollten Tauglichkeit dem vertragsmässigen Gebrauch durchaus genügen, wenn sie nur nicht noch schlechter und dadurch völlig unbrauchbar

*) Rechtsprechung der O. L. G. 2. S. 480 c; S. 380.

**) Über den Grund der Abweichung s. Mot. II S. 373 (Haidlen B. G.-B. S. 604).

***) Weitere Beispiele bei Niendorff § 15,3 S. 71 ff.

wird.*) Da eben beide Begriffsmerkmale zusammentreffen müssen, so liegen in solchen Fällen wohl Fehler im gewöhnlichen Sinne vor, aber keine Fehler im Rechtssinne, keine „Mängel der im § 537 Abs. 1 bezeichneten Art“ (§ 539 S. 2).

Umgekehrt kann es vorkommen, dass eine Sache, die nach dem gewöhnlichen Massstab als fehlerlos angesehen werden muss, im besonderen Falle den erhöhten Anforderungen, die vertragsgemäss an sie gestellt werden sollen, nicht genügt, weil sie zu dem vertraglich eigenartigen Gebrauch besondere, obschon nicht „zugesicherte“ Eigenschaften besitzen muss, deren Abwesenheit dann einen Fehler im Sinne des § 537 Abs. 1 darstellt.

Durch das zweite Merkmal „Tauglichkeit zum vertragsmässigen Gebrauch“ wird also der rechtliche Begriff der Fehler erheblich modifiziert und erhält einen relativen Charakter. Immer aber muss ein wirklicher Fehler der Sache vorliegen und darf nicht die Untauglichkeit zum vertragsmässigen Gebrauch auf Umständen beruhen, die nachdem zu *a* Gesagten, die Sache selbst nicht zu einer fehlerhaften machen. Dieses festgehalten, wird im Hinblick auf jenes relative Merkmal zur Entscheidung der Frage, ob die allgemeine Voraussetzung des § 537 Abs. 1 und daher ein Mangel dieser Art gegeben ist, auf den Gesamtinhalt des Vertrages, insbesondere auch auf die Höhe des Mietzinses, Rücksicht zu nehmen und hieraus festzustellen sein, was nach Treu und Glauben als der vom Vermieter zu gewährende vertragsmässige Gebrauch angesehen werden muss. Unter diesem Gesichtspunkte werden beispielsweise die Rechtsbehelfe aus §§ 537 ff dem Mieter nicht zustehen, wenn in einer verhältnismässig billigen Wohnung Tapeten, Dielen, Decken abgenutzt, Öfen nicht mehr von bester Heizkraft sind usw., weil dadurch der als vertragsmässig anzusehende Gebrauch nicht berührt wird. Wird aber darüber hinaus der vertragsmässige Gebrauch selbst

*) Vgl. den Fall bei Seuffert Bd. 40 N. 286.

durch den Fehler beeinträchtigt, so kommt es auf die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Beeinträchtigung grundsätzlich nicht an.*)

b) Der Absatz 2 des § 537 setzt als den andern Fall eines physischen Mangels der Sache das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Die begrifflichen Merkmale ergeben sich auch hier unmittelbar aus den Gesetzesworten.

α) Wann eine „Zusicherung" vorliegt, ist lediglich nach den Regeln über die Auslegung der Willenserklärungen zu beurteilen und muss der Entscheidung des Einzelfalls vorbehalten bleiben. Allgemein ist nur zu sagen, dass hier ebensowenig, wie regelmässig überhaupt bei Willenserklärungen, Ausdrücklichkeit erforderlich ist, und ferner, dass die Zusicherung eine ernste sein muss, dass also „allgemeine Anpreisungen der Sache, wie sie im Verkehre üblich sind, nicht als Zusicherung im Sinne des Gesetzes aufzufassen"**) sind.

β) Gegenstand der Zusicherung muss eine „Eigenschaft" der Sache sein. Da körperliche Sachen keine andern als körperliche Eigenschaften haben können, so ergibt sich auch hier die gleiche Beschränkung wie oben zu 1 a α, nur in hypothetischer Form: dass nämlich dasjenige, was zugesichert ist, wenn es vorhanden wäre, eine unmittelbar an der Sache haftende körperliche Eigenschaft ausmachen müsste. Wann dies vorliegt, wird im Einzelfalle, entsprechend den a. a. O. aufgestellten Gesichtspunkten festgestellt werden können. Ergibt sich, dass zwar etwas zugesichert, aber nicht eine körperliche Eigenschaft der Sache zugesichert ist, so ist die Anwendung der §§ 537 ff ausgeschlossen, unbeschadet des Erfüllungsanspruchs und der Rechte wegen etwaiger Nichterfüllung der Zusicherung.

γ) Das Merkmal: Beeinträchtigung des vertragsmässigen Gebrauchs fällt bei dieser Mangel-Art an sich

*) Anders im § 542 und beim Kauf § 459 Abs. 1 Satz 2. Mot. II zu § 505 S. 374 (Haidlen S. 604).

**) Mot. II zu §§ 381, 382 S. 225 (Haidlen S. 527).

weg. Wo eine solche Beeinträchtigung durch das Fehlen einer Sacheigenschaft stattfindet, ist ja schon die Voraussetzung des § 537 Abs. 1 gegeben, und braucht diese Eigenschaft nicht erst zugesichert gewesen zu sein. Das eigentliche Anwendungsgebiet für die Voraussetzung eines Sachmangels nach § 537 Abs. 2 ist daher dort, wo durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft der vertragsmässige Gebrauch in keiner Weise berührt wird. Denn das Nichtvorhandensein einer Sach-Eigenschaft, welche den vertragsmässigen Gebrauch überhaupt erst ermöglicht, ist immer ein Tauglichkeitsfehler (§ 537 Abs. 1) und schon deshalb ein „Mangel der Sache"; das Nichtvorhandensein einer Eigenschaft aber, von welcher der vertragsmässige Gebrauch nicht abhängig ist, ist nur dann ein Mangel, wenn die Eigenschaft besonders bedungen war (§ 537 Abs. 2).

Immerhin sind natürlich die beiden Arten von Sachmängeln keine notwendig disjunkten Begriffe. Im Gegenteil, in den weitaus meisten Fällen wird, wo die letztere Art gegeben ist, sie auch in die Begriffssphäre der ersteren hineinfallen, indem eine Eigenschaft, welche an sich schon condicio sine qua non des vertragsmässigen Gebrauchs ist, noch besonders zugesichert wurde, deren Fehlen dann also einen Mangel sowohl nach Abs. 2 wie nach Abs. 1 des § 537 darstellt. Sehr häufig wird auch aus der Zusicherung bestimmter Eigenschaften erst voll zu erkennen sein, was nach dem Inhalt des Mietsgeschäftes der vertragsmässige Gebrauch der Sache sein soll, indem als solcher gerade der durch die zugesicherte Eigenschaft bedingte Gebrauch angesehen werden muss, sodass beim Wegfall dieser Eigenschaft wieder Abs. 1 und Abs. 2 (§ 537) neben einander einschlagen. Endlich stellt das Gesetz selbst einmal, im § 539 S. 2, die Voraussetzung auf, dass beide Mangelarten zusammentreffen: dass nämlich die Abwesenheit eines Tauglichkeitsfehlers obendrein „zugesichert" ist, (Bezugnahme auf § 460) und knüpft an diese doppelte Voraussetzung die Wirkung einer Ausnahme von der Ausnahme (es soll

nämlich dann dem Mieter die grobfahrlässige Unkenntnis des Fehlers wiederum nicht schaden.

Ganz rein aber und in selbständiger Bedeutung tritt die hier behandelte Mangelart in die Erscheinung, wenn durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft die Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache nicht in Frage gestellt wird.*) Einige Beispiele: In einem Zimmer der übrigens mit neuen Fussböden versehenen Wohnung ist dem Mieter ein Parkettboden zugesichert.**) Bei der Miete eines Pferdes wurde die Abwesenheit jeglicher sog. Schönheitsfehler zugesichert.***) Hier wird der vertragsmässige Gebrauch, Wohnen, Reiten, durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften nicht beeinträchtigt, und es kommt für die Gewährleistungspflicht des Vermieters also allein § 537 Abs. 2 in Betracht.

δ) Über die Zusicherung bestimmter Grösse eines Grundstücks ist nichts Besonderes zu sagen. Die Vorschrift (§ 537 Abs. 2 Satz 2) entspricht derjenigen des § 468 Satz 1. Dass logisch die Grösse einer Sache eine Eigenschaft derselben ist und dass mithin rechtlich, wenn nur wirkliche Zusicherung bestimmter Grösse festgestellt werden kann, das Fehlen dieser Grösse einen Mangel schon nach Satz 1 des § 537 Abs. 2 darstellen würde, erscheint mir nicht zweifelhaft. Die Bedenken der Motive****) teile ich nicht. Beim Kauf ist aber die besondere Bestimmung gerechtfertigt durch die Einschränkung im Satz 2 des § 468, ein Grund, der bei Miete wegfällt.

2. Mängel im Recht.

Die Voraussetzung im § 541 ist, dass „durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmässige

*) Vgl. Mot. II zu §§ 505 ff S. 374 (Haidlen S. 604); Kommissionsprotok. S. 1862; Arnold S. 54 Note 4; Matthiass § 114 II C. S. 482; Borcherdt S. 50.

**) Rechtsprechung d. O. L. G. Bd. 2 S. 480 b.

***) S. ferner Fränkel S. 22.

****) Mot. II zu § 388 S. 232 f (Haidlen S. 534).

Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird. Hier ist es also nicht, wie oben zu 1 a, der körperliche Zustand der Sache, der die volle Verwirklichung des dem Mieter zustehenden Gebrauchsrechts hindert, sondern der durch ihre besondere Rechtslage begründete Eingriff einer ausserhalb des Vertragsverhältnisses stehenden dritten Person. Die Begriffsmerkmale sind danach: ein fremdes Recht und Gebrauchsentziehung durch seine Ausübung.

a) Aus dem ersten Erfordernis ergibt sich, dass der fremde Eingriff ein an sich berechtigter sein muss, dass daher Übergriffe, die nicht dem subjektiven Rechte des Dritten entsprechen — z. B. störende Eingriffe Unbeteiligter, auch der Nebenmieter, soweit sie zu dem Eingriff nicht nach ihrem Mietvertrage und Mietbesitz berechtigt sind — nicht hierher gehören.*)

Es ergibt sich weiter, dass das Recht des Dritten, welches dem Eingriff zu Grunde liegt, der Sphäre der Privatrechte angehören muss. Denn nur solche meint das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es schlechthin von Rechten Dritter spricht. Nicht nach § 541 zu beurteilen wären also die Fälle der Enteignung, ferner z. B.: R. G. E. Bd. 4 S. 169 (von der Zollbehörde wird dem Mieter eines zur Möbelfabrikation im Hamburger Freihafengebiet gemieteten Raumes die Anfertigung bestimmter Möbel untersagt), sowie vor allem die Fälle, in denen durch ortspolizeiliche Anordnung auf Grund öffentlich rechtlicher Vorschriften der Betrieb eines bestimmten Gewerbes in dem zu diesem Zwecke gemieteten Raum verboten**) wird, z. B. eines Fleischergewerbes im Villenviertel.

---

*) Auch vor solchen rechtlosen Eingriffen hat natürlich der Vermieter den Mieter zu schützen; vgl. Mot. II zu § 503 S. 370; Dernburg § 217 I 5. Aber der § 541 findet darauf keine Anwendung.

**) Das Verbot darf aber nicht auf der körperlichen Beschaffenheit der Sache beruhen, z. B. weil der Betrieb dieses Gewerbes in diesen Räumen gemeingefährlich wäre. Dann kann ein Mangel der Sache vorliegen und die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 537 ff gegeben sein.

Welche Rechte nun positiv den im § 541 vorausgesetzten juristischen Mangel der Mietssache zu begründen geeignet sind, lässt sich kaum aufzählen. Es kommen nicht nur dingliche, sondern auch obligatorische Rechte in Betracht, soweit sie gegen den Mieter wirksam werden können. Das fremde Recht kann von der Art sein, dass seine Ausübung ihrer Natur nach eine (völlige oder teilweise) unmittelbare körperliche Eviktion der Sache gegen den Mieter darstellt, wie regelmässig bei Eigentum und den auf Benutzung der Sache gehenden Dienstbarkeiten (Wegegerechtigkeiten usw.), oder aber es kann ein Untersagungsrecht der Gebrauchsentziehung zu Grunde liegen.*) Besonders erwähnt als durch die Bestimmung des § 541 mitbetroffen wird in den Motiven**) der Fall, dass dem Vermieter das Vermietungsrecht nur auf Zeit zustand (z. B. Aftervermieter § 556 Abs. 3), dass also nach Ablauf dieser Zeit der Dritte (Eigentümer etc.) beiden Mietsparteien die Sache entzieht.

b) Wie bereits oben (A 2) erörtert, muss abweichend von dem entsprechenden Falle beim Kauf,***) der Mangel im Recht in irgend einem Umfang wirklich zur Entziehung des Gebrauchs der Mietsache für den Mieter führen (Eviktion). Wann durch das fremde Recht der vertragsmässige Gebrauch ganz entzogen wird, ist ohne weiteres klar. Anders liegt aber die Sache, wenn die Ausübung des fremden Rechtes derjenigen des Mietsgebrauchs weiten Spielraum lässt. Hier kann es zweifelhaft sein, ob dem Mieter der vertragsmässige Gebrauch wirklich entzogen wird. Häufig wird ihm nur die Benutzung der Sache unbequemer gegemacht, ohne dass er einen Anspruch auf Beseitigung der Unbequemlichkeit hat. So hat zwar der Mieter einer Wohnung in einem grösseren Mietshause ohne besondere Abmachung Anspruch auf Benutzung der Waschküche,

*) Ein Beispiel hierfür: Rsp. der O. L. G. Bd. 2 S. 286.
**) Mot. II zu § 508 S. 380 (Haidlen S. 609 f.)
***) §§ 434, 439, 440.

des Trockenbodens, der gemeinsamen Hausflure usw., aber nicht darauf, dass ihm diese Teile der gemieteten Sache ausschliesslich oder doch zu jeder von ihm gerade beliebten Zeit zur Verfügung stehen. Er muss sich vielmehr eine angemessene Beschränkung seiner Benutzung durch Vermieter und Nebenmieter gefallen lassen; insoweit wird eben sein vertragsmässiger Gebrauch nicht beeinträchtigt. Ähnlich wie oben zu 1 a β muss daher aus dem Gesamtinhalt des Mietsgeschäftes auch hier oft im Einzelnen festgestellt werden, wie weit das vertragsmässige Gebrauchsrecht des Mieters geht, und kann erst nach Festlegung dieser Grenze entschieden werden, ob der Eingriff des dritten Berechtigten dem Mieter den vertragsmässigen Gebrauch der Sache wirklich in irgend einem Masse entzieht. Geschieht Letzteres, so kommt es auch hier grundsätzlich auf die Erheblichkeit der Gebrauchsentziehung nicht an.

Damit sind die gesetzlich möglichen Fälle der Haftung für Mängel der vermieteten Sache nach ihren allgemeinen Voraussetzungen erschöpft.

II. Teil.

Die juristische Natur der Mängel einer vermieteten Sache. Ein Fall der Unmöglichkeit der Leistung.

„Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren“ (§ 535 B. G.-B). Die Verpflichtung des Vermieters „besteht nicht in einer einmaligen Leistung, sondern erneuert sich während der Mietzeit fort und fort*). Die Zeit der Leistung gewinnt also bei der Miete eine gegenüber der Leistungszeit bei anderen Schuldverhältnissen wesentlich erhöhte Bedeutung dergestalt, dass in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die Nichterfüllung während der bestimmten Mietzeit oder während

*) Mot. II zu § 503 S. 370.

eines Teils derselben nachträglich nicht mehr heilbar*) ist. Wenn mir z. B. eine Wohnung oder ein einzelnes Zimmer der Wohnung, die ich auf ein halbes Jahr ab 1. Oktober gemietet habe, erst am 14. Oktober vom Vermieter eingeräumt wird, so kann dieser die versäumte Erfüllung nicht mehr nachholen, denn ich brauche mir die Wohnung oder das einzelne Zimmer nicht über die vertragsmässige Mietzeit hinaus etwa vom 1. bis 14. April aufdrängen zu lassen, kann aber auch meinerseits eine solche Nachleistung nicht fordern. Ebenso ist es regelmässig in den andern Fällen der Miete. Der erhöhten Bedeutung, welche der Erfüllung der Vermieterverpflichtung gerade zu der vertraglich bestimmten Zeit zukommt, entspricht also auf der Kehrseite die höhere Bedeutung der Nichterfüllung jener Verpflichtung während dieser Zeit, welche Nichterfüllung, je nachdem sie während der ganzen Mietzeit oder nur während eines Teils derselben andauert, eine zeitlich vollständige oder eine zeitlich teilweise sein kann. Da ferner die Nichtgewährung des vertragsmässigen Gebrauchs durch den Vermieter, wie ohne weiteres klar ist, auch ihrem Umfange, ihrem Gegenstande nach, eine vollständige oder eine nur teilweise sein kann, so ergeben sich bei Hinzunahme dieser Möglichkeiten folgende Arten von Nichterfüllung der Verpflichtung des Vermieters**):

1. zeitlich und gegenständlich vollständige Nichterfüllung.
2. Zeitlich vollständige, gegenständlich teilweise Nichterfüllung.
3. Zeitlich teilweise gegenständlich vollständige Nichterfüllung.

*) Streng begrifflich gilt dies zwar auch für die nicht rechtzeitige Erfüllung bei andern Schuldverhältnissen, z. B. Veräusserungsverträgen, wie ja überhaupt der Schuldner-Verzug logisch eigentlich ein Fall der Unmöglichkeit der Leistung ist. Wirtschaftlich und positivrechtlich ist aber dort die zeitliche Nichterfüllung und der Verzug durch nachträgliche Erfüllung regelmässig heilbar, was eben bei der Miete nicht zutrifft.

**) Vgl. hierzu Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 260, 261.

4. Zeitlich und gegenständlich teilweise Nichterfüllung.

Im Folgenden wird jede dieser vier Arten unter dem Ausdruck Nichterfüllung verstanden.

Die Nichterfüllung der Vermieterverpflichtung nun kann beruhen entweder auf einem Nichtwollen oder auf einem Nichtdürfen*) oder auf einem Nichtkönnen des Vermieters. Das Nichterfüllen-Können kann ein allgemeines, für jedermann bestehendes sein (objektive Unmöglichkeit der Leistung) oder ein blos subjektives des Vermieters (Unvermögen des Schuldners zur Leistung § 275 Abs. 2; subjektive Unmöglichkeit). Die objektive Unmöglichkeit weiter kann beruhen auf einem „Mangel der Sache" oder auf andern Gründen (irgend welcher Art: z. B. Untergang der vermieteten Speziessache oder der ganzen Gattung, völlige Zerstörung der Mietswohnung durch Brand) Das subjektive Unvermögen des Vermieters zur Leistung andrerseits kann beruhen auf einem „Mangel im Recht" oder ebenfalls auf andern Gründen (z. B. einem widerrechtlichen Eingriff Dritter, Diebstahl, Enteignung). Die zwei letzten Sätze bedürfen der Begründung:

1. Mängel der Sache.

Inhalt der Verpflichtung des Vermieters ist, die vermietete Sache während der Mietzeit „in einem zum vertragsmässigen Gebrauche geeigneten Zustande" zu gewähren (§ 536). Sind darüber hinaus besondere Eigenschaften der Sache zugesichert, so tritt zu jenem regelmässigen Inhalt der Verpflichtung das Vorhandensein dieser Eigenschaften bei der Sache hinzu: die Sache muss während der ganzen Mietsdauer nicht nur zum vertragsmässigen Gebrauch geeignet, sondern auch mit den zugesicherten Eigenschaften versehen sein. Ist sie während der Mietsdauer oder während eines Teils derselben infolge eines natürlichen Fehlers (§ 537 Abs. 1) nicht zum vertragsmässigen Gebrauch geeignet, oder

*) Z. B. infolge gesetzlicher oder behördlicher Verbote. Die Fälle des Nichtdürfens stehen regelmässig denen des Nichtkönnens gleich. (Vgl. Mittelstein S. 88).

besitzt sie die zugesicherte Eigenschaft nicht (§ 537 Abs. 2), so kann, solange dieser ihr „mangelhafter" Zustand währt, der soeben festgestellte Inhalt der Vermieterverpflichtung nach den Naturgesetzen nicht verwirklicht, die Verpflichtung von Niemand und unter keinen Umständen erfüllt werden. Es ist objektiv unmöglich, mit dieser Sache in diesem Zeitteile die Leistung so, wie sie dem Vermieter obliegt, zu erbringen. Gleichgültig ist hier, ob der mangelhafte Zustand von einer Vertragspartei verschuldet oder sonst zu vertreten ist, und ob er sich etwa beseitigen und der vertragsmässige Zustand der Sache sich herstellen lässt. Solange der mangelhafte Zustand, gleichviel aus welchem Grunde, besteht, steht der Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters eben wegen des Mangels der Sache eine „objektive Unmöglichkeit" entgegen. Lediglich nach den vom Gesetze für diesen letzten juristischen Begriff aufgestellten Regeln würde also beim Fehlen der besonderen Vorschriften der §§ 537—540 die Gewährleistungspflicht des Vermieters für natürliche Mängel der vermieteten Sache zu beurteilen sein.

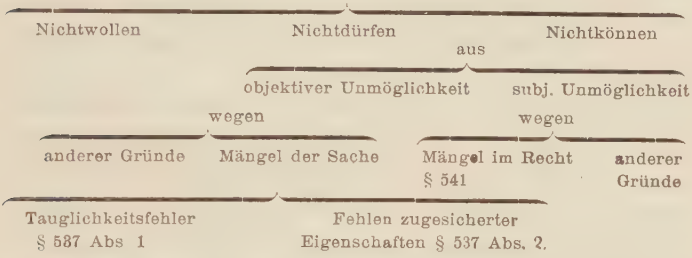
2. Mängel im Recht.

Genau entsprechend dem Vorstehenden stellt sich, wie nun einer eingehenden Erörterung nicht mehr bedarf, der obenerwähnte Fall, dass der Vermieter seine Verpflichtung wegen eines Mangels im Recht (§ 541) nicht oder nicht vollständig erfüllt, als ein Spezialfall der subjektiven Leistungsunmöglichkeit dar, der ebenfalls in diesen Begriff vollständig und allseitig hineinfällt.*) Denn nach der objektiven Beschaffenheit der Sache soll ja im vorausgesetzten Falle die Leistung in vollem Umfange möglich sein, nur nach der subjektiven Rechtslage des Vermieters zur Sache ist sie für diesen ganz oder teilweise unmöglich. Demnach würde auch der Fortfall des § 541 keine Lücke im Gesetz lassen, da für die Beurteilung ebenso, wie oben zu 1, in den

*) Mot. II zu § 508 S. 378 f (Haidlen S. 608.)

allgemeinen Regeln des Obligationenrechts eine ausreichende Handhabe sich darbieten würde.

Das Gesetz hebt also aus den möglichen Tatbeständen der Nichterfüllung der Vermieterverpflichtung, nämlich: Nichterfüllung infolge von



diejenigen Tatbestände heraus, inhalts deren die Nichterfüllung auf (objektiver bezw. subjektiver) Unmöglichkeit der Leistung infolge von Mängeln der vermieteten Sache beruht, und ordnet diese Tatbestände selbständig in den §§ 537—541.*) Daraus folgt dreierlei:

a) Soweit in den gedachten Fällen die Anwendung der §§ 537 ff zu dem gleichen oder zu einem andern Ergebnis führt, als die der allgemeinen Regeln über Nichterfüllung, insbesondere wegen Unmöglichkeit, kommen als lex specialis ausschliesslich jene §§ in Betracht**).

b) Soweit bei der Anwendung im Einzelfalle sich ergibt, dass die §§ 537—541 eine unmittelbare Bestimmung nicht enthalten, ist diese in erster Linie aus dem Sinne dieser §§, in zweiter Linie aber aus den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung zu ergänzen.

c) Soweit es sich überhaupt nicht um Fälle physischer oder juristischer Fehler der vermieteten Sache handelt, ist nicht einmal für die analoge***) An-

*) Vergl. Plauck zu §§ 537—543.

**) Mit einer scheinbaren Ausnahme; s. S. 27 oben.

***) Denn Voraussetzung für die Zulässigkeit jeglicher Analogie ist, dass ein Rechtssatz, der den fraglichen Tatbestand unmittelbar regelt, nicht vorhanden ist. Diese Voraussetzung fehlt aber hier.

wendung der §§ 537—541 Raum, sondern die Entscheidung lediglich aus den allgemeinen Grundsätzen über Unmöglichkeit, sonstige Nichterfüllung usw. zu finden — wobei allerdings, wie hier bemerkt werden mag, der § 542 zu berücksichtigen ist, der erheblich abändernd eingreift, da er wegen der ganz weiten Fassung seiner Voraussetzung schon die oberste Kategorie „Nichterfüllung" des obigen Schemas trifft, und demgemäss auf sämtliche Unterarten derselben, auch auf die in vorliegender Arbeit behandelten,*) modifizierend einwirkt. Dies geschieht durch Verallgemeinerung und Umwandlung des sonst nur für einzelne Fälle der Nichterfüllung gegebenen gesetzlichen Rücktrittsrechtes in ein eigenartiges und von besonderen Voraussetzungen abhängig gemachtes Kündigungsrecht. Doch geht das über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus.**)

Gegen den dritten der entwickelten Folgesätze wird häufig gefehlt. Wie sich später ergeben wird, liefern die allgemeinen Grundsätze über Nichterfüllung bei richtiger Anwendung auf die Miete im Wesentlichen das gleiche Resultat wie die §§ 537 ff. Es liegt daher nahe, bei Tatbeständen, die irgend nur einige Ähnlichkeit mit den in diesen Paragraphen vorausgesetzten Tatbeständen haben, sich die umständlichere Begründung aus den allgemeinen Bestimmungen zu ersparen und einfach mit den §§ 537 ff zu arbeiten. Daraus entsteht dann eine falsche Verallgemeinerung, indem man die Begriffe der Sach- und Rechtsmängel ins Ungemessene erweitert und darin Fälle unterbringt, welche nach dem Gesetzessinne nicht hinein gehören.***) Das Endergebnis ist dann freilich oft richtig, aber die Begründung falsch. Diesem Fehler gegenüber ist eine richtige Abgrenzung jener Begriffe, wie sie im I. Teil versucht wurde, von Wichtigkeit.

*) Vgl. Dernburg § 218 IV (S. 161).

**) Vgl. darüber Schöller bei Gruchot S. 269 f, 272 unter Ziff. 3 und 4.

***) S. oben I. Teil unter B 1 a α.

III. Teil.

Die Rechtsfolgen nach §§ 537—541.

Allgemeines.

Die Gewährleistungspflicht des Vermieters für Mängel der vermieteten Sache äussert sich nach den §§ 537—541 darin, dass dem Mieter als Wirkung der Nichterfüllung wegen Mängel — abgesehen von der besonderen Befugnis aus § 538 Abs. 2 — zwei verschiedene Rechte unter teils gleichen, teils verschiedenen Voraussetzungen gegeben werden, nämlich ein Recht auf Herabsetzung des bedungenen Mietzinses und ein Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Diese Rechte entsprechen dem Minderungs- und Schadensersatzanspruch wegen Mängel der gekauften Sache*), sind aber teilweise nach ihrer juristischen Natur und ihren Einzelvoraussetzungen von diesen Ansprüchen durchaus verschieden. Der Wandelungsanspruch des Käufers hat dagegen bei der Miete ein eigentlich Entsprechendes nicht, will man nicht etwa die beiden Fälle hierher rechnen, dass ein Mangel beim Beginn der Mietzeit bereits vorhanden und so beschaffen ist, dass er sowohl zeitlich wie gegenständlich vollständige Nichterfüllung im Gefolge hat — oder dass der Mieter wegen eines Mangels das Kündigungsrecht aus § 542 wirksam ausübt, bevor er noch die Sache überhaupt in Gebrauch genommen hat. Im Übrigen könnte man, wenn der Vermieter schon zeitweise erfüllt hatte, und nun ein Mangel der vermieteten Sache eintritt, der völlige Nichterfüllung für die Restmietzeit oder Kündigung gemäss § 542 bewirkte, höchstens von Rücktritt oder Wandelung für die Zukunft, d. h. Rückgängigmachung eines Teils der Miete reden, weil ja nach der Natur der Miete als Gebrauchsüberlassung

*) Vgl. Mot. II S. 375, 377 (Haidlen S. 605).

auf Zeit der bereits erfüllte Teil des Vertrages nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. In diesem beschränkten Sinne aber würde das Kündigungsrecht nach § 542 noch am ehesten der „Wandelung“ entsprechen. —

Im Folgenden sollen nach einander die Gewährleistungsrechte des Mieters auf Herabsetzung des Mietzinses und auf Schadensersatz, nebst dem besonderen Rechte aus § 538 Abs. 2, sowie die Voraussetzungen, unter welchen dieselben entfallen, erörtert werden.

A. Herabsetzung des Mietzinses.

I. Die Besonderheit des Mietvertrages besteht darin, dass sich die Verpflichtung des Vermieters, die Sache in dem vertragsmässigen Zustande*) zu gewähren, während der ganzen Dauer der Mietperiode beständig erneuert, und dass der Vermieter in jedem Momente zur Vorleistung verpflichtet ist**). Es ist so, als ob für jeden einzelnen Zeitteil eine besondere Leistung, nämlich immer von neuem die Gewährung der Gebrauchsmöglichkeit geschuldet würde, und es ist daher für jeden einzelnen Zeitteil der gesamten Mietsdauer gesondert zu prüfen, ob und wieweit jene Leistung vom Vermieter erbracht oder nicht erbracht worden ist. Jedem zeitlichen Teile der Mietsdauer entspricht ein Bruchteil des für die ganze Dauer vereinbarten Mietzinses als Gegenleistung des Mieters, und nur wenn und soweit in dem einzelnen zeitlichen Teile seitens des Vermieters die ihm obliegende Leistung erbracht worden ist, wird der entsprechende Bruchteil des vereinbarten Mietzinses geschuldet, insoweit die Leistung dagegen nicht erbracht worden ist, wird er trotz der vertraglichen Vereinbarung nicht geschuldet. Es besteht also bei der Miete die denkbar

*) Einschliesslich der etwa zugesicherten Eigenschaften; siehe S. 15.

**) R. G. Bd. 20 S. 287; Matthiass S. 480 § 114; B. G. B. § 536; Mot. II zu § 503 S. 370; s. auch oben II. Teil im Anfang.

grösste Abhängigkeit der Gegenverpflichtung des Mieters von der Vorleistung des Vermieters. D. h. der Mietvertrag ist der im höchsten Grade gegenseitige*) Vertrag, den es gibt in dem Sinne, dass bei keinem andern Vertrage die beiderseitigen Leistungen einander in stärkerem Masse bedingen als bei der Miete. Für jede Zeitspanne der Mietsdauer, in welcher die Verpflichtung des Vermieters, gleichviel aus welchem**) Grunde, nicht erfüllt wurde, wird der Mieter von der Verpflichtung zur Zahlung des auf die Zeitspanne entfallenden Mietzins-Bruchteils frei***). Bei gegenständlich nur teilweiser Nichterfüllung wird er, wenn dieselbe während der ganzen Mietzeit andauert, ebenfalls zu einem dem Grade der Nichterfüllung entsprechenden Teile von der Mietzinsverpflichtung frei. Bei gegenständlich und zeitlich teilweiser Nichterfüllung endlich ist eine doppelte Teilung vorzunehmen: Der auf die Dauer der unvollständigen Erfüllung entfallende Teil des Mietzinses ist abermals nach dem Verhältnis der gegenständlichen Leistung und Nichtleistung zu teilen, und danach der geschuldete Mietzins zu berechnen. Diese grundsätzlich ins Kleinste gehende ideelle Zerteilung der Gesamtverpflichtung des Vermieters und dementsprechend derjenigen des Mieters muss immer festgehalten werden, will man die Bestimmungen des Gesetzes über die Miete, insbesondere die Regelung der Haftung des Vermieters für Mängel der vermieteten Sache richtig verstehen. Juristisch bedeutet die dargelegte Konstruktion, dass der Vermieter die Gefahr, nicht der Mietssache, sondern der Miete, d. h. die Erfüllungsgefahr seiner Vertragsverpflichtung zu tragen

---

*) Dies wird besonders deutlich beim Vergleich mit der römisch-rechtlichen Auffassung des Kaufes, nach welcher mit dem Abschluss des Vertrages zwei nahezu selbständige Verpflichtungen entstehen. Vgl. Dernburg Pandekten II § 20.

**) Mit einer einzigen Ausnahme: wenn die Nichterfüllung vom Mieter zu vertreten ist (s. u.).

***) Vgl. für das gemeine Recht R. G. 4 S. 169: l. 9 § 1, l. 19 § 1, l. 30 § 1, Dig. 19,2, vgl. R. G. 48 S. 93 ff.

hat, indem auch bei zufälliger Nichterfüllung Mietzins nicht weiter läuft*).

Die absolute Abhängigkeit der Entstehung des Mietzinsanspruches von der zuvorigen Erfüllung der Vermieterverpflichtung gilt auch dann, wenn der Mietzins vertragsmässig praenumerando zu zahlen ist. Diese Vertragsbestimmung betrifft nur eine Zahlungsmodalität, nicht die begrifflich notwendige Vorleistungspflicht des Vermieters; der praenumerando gezahlte Mietzins ist tatsächlich auf Vorschuss gezahlt und kann als ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff) zurückgefordert werden, sobald und soweit sich nach Obengesagtem herausstellt, dass er nicht geschuldet ist.

II. Da die vorstehenden Ergebnisse aus der rechtlichen Natur der Miete gewonnen sind, und dementsprechend die ipsojure-Ermässigung des Mietzinses grundsätzlich**) für alle Fälle vermieterischer Nichterfüllung gilt***), so muss sie folgerecht auch dann gelten, wenn die Nichterfüllung auf physischen oder juristischen Mängeln der vermieteten Sache beruht****). Diese Folge und nichts weiter zieht denn auch der § 537 im Abs. 1 für Tauglichkeitsfehler der Sache, und das Gleiche bedeuten die Verweisungen des Abs. 2 und des § 541 auf jenen Abs. 1 für die beiden andern Mängelarten.

Die auf den Fall der Tauglichkeitsfehler zugeschnittene Bestimmung des § 537 Abs. 1 lässt sich, auf alle drei Mängelarten unmittelbar passend, in folgende Rechtsregeln auflösen, welche alle überhaupt möglichen Fälle umfassen:

1) Führt ein Mangel der vermieteten Sache oder ein Mangel im Recht zu zeitlich und gegenständlich

---

*) Dernburg § 215 I S. 148 f.

**) Mit der bereits angeführten Ausnahme.

***) Vgl. Cosack § 135 Anm. 14. S. 465 c. S. 466.

****) Siehe Teil II.

vollständiger Nichterfüllung der Vermieterverpflichtung, so ist der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses ganz befreit.

2) Führt der Mangel zu gegenständlich teilweiser Nichterfüllung während der ganzen Mietsdauer, so ist der Mieter „nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des (Gesamt-) Mietzinses verpflichtet".

3) Führt der Mangel zu gegenständlich vollständiger Nichterfüllung während eines Teils der Mietsdauer, so ist der Mieter von der Entrichtung des auf diesen Teil der Mietsdauer entfallenden Mietzinses ganz befreit.

4) Führt der Mangel zu zeitlich und gegenständlich nur teilweiser Nichterfüllung, so ist der auf die Zeit der unvollständigen Erfüllung entfallende Mietzins nach den §§ 472, 473 zu mindern.

Die Berechnung des auf die jeweilige Dauer der Mangelhaftigkeit entfallenden Mietzinses (m^1) geschieht in der Weise, dass der Gesamtmietzins (m) mit dem Bruch multipliziert wird, der sich aus dem Verhältnis der Dauer des Mangels (z^1) zur Gesamtdauer der Miete (z) ergibt:

$$m^1 = \frac{z^1}{z} m.$$

Ist die Miete auf unbestimmte Zeit geschlossen und der Mietzins nach Zeitabschnitten bemessen, so ist natürlich als z die Dauer des Zeitabschnitts, als m der für denselben zu zahlende Mietzins einzusetzen. Besteht der Mietzins ganz oder teilweise in andern Leistungen als Geld, so sind diese für die Berechnung nach ihrem Werte zur Zeit des Vertragsabschlusses in Geld zu veranschlagen (§ 473 S. 1).

Ist so die für die Dauer des Mangels massgebende Summe (m^1) gefunden worden, und soll dieselbe, weil der Mangel nur eine gegenständlich teilweise Nichterfüllung bewirkt hat, nicht ganz, sondern nur zum Teil vom Gesamtmietzins abgezogen werden, so verhält

sich m^1 zu dem von dieser Summe geschuldeten Mietzins (m^2), wie zur Zeit des Vertragsabschlusses der Mietwert der mangelfreien Sache (w) zu dem der mangelhaften Sache (w^1) (§ 472):

$$m^1 : m^2 = w : w^1$$

$$m^2 = \frac{m^1 . w^1}{w}$$

Die abzuziehende Summe (x) ergibt sich aus der Differenz zwischen m^1 und m^2:

$$x = m^1 - m^2$$

$$= m^1 - \frac{m^1 . w^1}{w}$$

$$= m^1 \left(1 - \frac{w^1}{w}\right), \text{ und bei Einsetzung}$$

der ersten Formel:

$$x = \frac{z^1 \, m}{z} \left(1 - \frac{w^1}{w}\right)$$

Beispiel: Eine Wohnung ist ab 1. Oktober für 2400 ℳ jährlich gemietet (m = 2400 ℳ; z = 12 Monate) und dem Mieter zugesichert, dass die Wohnung bei seinem Einzug mit einer Anlage für elektrisches Licht versehen sein werde. Letztere wird erst zum 1. November fertig (z^1 = 1 Monat). Durch Sachverständige wird festgestellt, dass die Wohnung zur Zeit der Vermietung einen jährlichen Mietswert von 2000 ℳ mit, von 1900 ℳ ohne die Beleuchtungsanlage hatte (w = 2000 ℳ; w^1 = 1900 ℳ). Dann ist

$$x = \frac{1 . 2400}{12} \left(1 - {}^{1900}/_{2000}\right)$$

$$= 200 \left(1 - {}^{19}/_{20}\right) = 200 \; {}^{1}/_{20} = 10$$

d. h. der Mieter kann, weil er sich einen Monat ohne elektrische Beleuchtung hat behelfen müssen, 10 ℳ vom Mietzins abziehen.

Vgl. im Übrigen die §§ 472, 473 für besondere Fälle.

III. Der im § 537 enthaltene Grundsatz der Herabsetzung des Mietzinses als allgemeine Wirkung von Mängeln der vermieteten Sache, der im Vorstehenden aus der theoretischen Natur des Mietvertrages abgeleitet wurde, lässt sich auch in andrer Weise direkt aus dem Gesetze begründen. Diese Begründung soll hier noch geschehen, da sie zugleich ein Mittel zur Ergänzung und einschränkenden Auslegung des § 537, sowie einen Ausblick auf die weiter unten vorzunehmende Begründung des Schadensersatzanspruches wegen Mängel (§ 538) gewährt.

Im II. Teil ist gezeigt worden, dass die Mängel der vermieteten Sache eine objektive oder eine subjektive Leistungsunmöglichkeit bewirken. Wie nun jene Mängel selbst auf dreierlei Umständen beruhen können, nämlich auf solchen, die zu vertreten sind:

a. weder vom Vermieter noch vom Mieter,
b. vom Vermieter,
c. vom Mieter,

so selbstverständlich auch die durch jene Mängel bewirkte Leistungsunmöglichkeit. Ferner sind durchweg bei der Miete die ursprünglichen Mängel — d. h. die schon zur Zeit des Vertragsschlusses, nicht erst zur Zeit der „Überlassung" (§ 537) vorhandenen den nachträglich eingetretenen grundsätzlich*) gleichgestellt**), folglich insoweit auch die auf Mängeln beruhende ursprüngliche der auf solchen beruhenden nachträglichen Unmöglichkeit. Soweit es sich um Mängel handelt, ist also die Anwendung des § 306 B.G.B. ausgeschlossen, und es kommen für alle Fälle nur die Grundsätze über nachträgliche Unmöglichkeit in Betracht. Der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit steht nach § 275 Abs. 2 die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit gleich; danach ist auch für Rechtsmängel der gleiche Gesichtspunkt der Beurteilung gegeben,

*) Nur grundsätzlich; für eine besondere Folge (§ 538 erster Bedingungssatz) gilt etwas Anderes.

**) Schöller bei Gruchot 46 S. 262.

wie für Sachmängel. — Aus dem Allen folgt für die drei Möglichkeiten der Ursache der Mängel:

a. Ist der Mangel weder vom Vermieter noch vom Mieter zu vertreten*), so würde zunächst nach § 275 Abs. 1 Vermieter von seiner Verpflichtung frei; natürlich nur solange, als die Leistungsunmöglichkeit wegen des Mangels normaler Weise währt, denn der Vermieter hat den Mangel, wenn dies möglich ist, zu beseitigen**). Nach § 323 Abs. 1 aber würde der Vermieter für die Dauer des Mangels auch den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren, bezw. würde sich die Gegenleistung nach Massgabe der §§ 472, 473 mindern, je nachdem der Mangel völlige oder teilweise Unmöglichkeit bewirkte. — Das Ergebnis entspricht genau der Regelung im § 537. Zur Ergänzung des letzteren §, der darüber nichts hergibt, kann danach der Abs. 3 des § 323 dienen: ist der Mietzins praenumerando bezahlt, so kann er je nach dem Umfang der Mangelhaftigkeit kondiziert werden***). Der Abs. 2 des § 323 dagegen dürfte bei der Miete kaum je praktisch werden****).

b. Beruht der Mangel und daher die Unmöglichkeit auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstand, so würde § 325 anzuwenden sein. Der dritte Satz desselben verweist fakultativ auf § 323: das Ergebnis ist dann das gleiche wie zu a.

c. Der Mangel ist vom Mieter zu vertreten: Nach § 324 Abs. 1 würde der Vermieter den Anspruch auf den vollen Mietzins auch für die Zeit behalten, in welcher der Mangel besteht. Bei wörtlicher Auslegung des § 537 dagegen, nach dessen Fassung es gleich-

*) Hierher gehört auch der Fall, dass der Mangel durch ordnungsmässigen Gebrauch seitens des Mieters herbeigeführt wird. (§ 548; Kolbow S. 93.)

**) Unten B. III 1.

***) Vgl. oben S. 22. Matthiass § 114 II C. und andere. Motive II S. 376; abweichend Borcherdt S. 51.

****) Borcherdt S. 38 III.

gültig ist, von wem der Mangel herrührt, müsste der Vermieter sich — vorbehaltlich seines etwaigen Schadensersatzanspruches gemäss §§ 276, 823 ff — die Herabsetzung des Mietzinses auch dann gefallen lassen, wenn der Mieter selbst den Mangel schuldhaft herbeigeführt hat. Das letztere Ergebnis wäre höchst ungerecht. Hier ist vielmehr die entsprechende Einschränkung zu machen, und gegenüber der Wortauslegung des § 537 dem im § 324 Abs. 1 enthaltenen allgemeinen Prinzip der Billigkeit zu der ihm zukommenden Bedeutung zu verhelfen*): dem Vermieter gebührt der volle Mietzins**).

IV. Der § 537 Abs. 1 und die Verweisungen auf ihn für die übrigen Mängelarten könnten also eigentlich im Gesetz fehlen***). Sowohl die rechtliche Natur der aus dem Mietsvertrag sich ergebenden beiderseitigen Verpflichtungen in ihrer theoretischen Abhängigkeit von einander (oben I), wie die positivrechtlichen Bestimmungen über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen (oben III) würden zu demselben Ziele führen, wie die lex specialis des § 537, ja sie würden sogar einen durch diese lex specialis hervorgerufenen Zweifel (oben III unter c.) garnicht erst aufkommen lassen. Hier u. A. bewährt sich auch die wiederholte Andeutung im I. Teil****), dass es praktisch häufig bedeutungslos ist, einen „Mangel“ festzustellen, da wenigstens die Herabsetzung des Mietzinses auch stattfindet, wenn nur überhaupt eine „Nichterfüllung“ der Vermieterverpflichtung*****) vorliegt, mag sie auf

---

*) Vgl. oben S. 17, 2. Anmerkung.

**) Vgl. Dernburg § 218 Anm. 6; Oertmann zu 537 Anm. 6; Arnold S. 57; Niendorff S. 100 u. andere.

***) Mot. II S. 375, S. 379; Haidlen S. 605, S. 608.

****) Z. B. S. 4.

*****) Beispiel: Der Vermieter gestattet andern Mietern einen Gebrauch, welcher den des ersten Mieters beeinträchtigt, er nimmt z. B. in ein ruhiges vornehmes Etagenhaus eine Musikschule auf, oder wandelt die Parterrewohnung in ein Restaurant um (Mittelstein S. 99).

Mängeln, sonstiger Unmöglichkeit, oder noch andern Gründen beruhen, sofern sie nur nicht vom Mieter zu vertreten ist.

Aus den Erörterungen unter I—III ergeben sich einige Folgerungen, die der Begründung im Einzelnen nun nicht mehr bedürfen:

Auf die Erheblichkeit des Mangels kommt es nicht an. Die Minderung tritt auch bei unerheblichen Mängeln ein*).

Ob der Mangel vom Vermieter zu vertreten ist, oder nicht, ist, wie eben dargestellt, für die Minderung des Mietzinses gleichgültig. Auch ob er ihm sofort nach seinem Auftreten bekannt geworden ist, ist belanglos**).

Dass der vorausgezahlte Mietzins nach Verhältnis der Mangelhaftigkeit kondiziert werden kann, und dass die Herabsetzung des Mietzinses nicht stattfindet, wenn der Mangel vom Mieter zu vertreten ist, wurde ebenfalls schon erwähnt, und soll nur der Vollständigkeit halber hier wiederholt sein.

Die Minderung des Mietzinses tritt von selbst „unmittelbar kraft Gesetzes***)“ ein. Sie bildet keinen Anspruch****) des Mieters im Sinne des § 194, unter-

---

Ferner unter Umständen bei Aufnahme von Konkurrenzgeschäften, Prostituierten u. s. w. Hier wird regelmässig gemindert werden können, obwohl „Mängel der Sache“ nach der Auffassung im Teil I nicht vorliegen. Ebenso wird § 542 anwendbar sein. Entsprechendes gilt endlich bei rechtswidriger Gebrauchsentziehung seitens Dritter, wo auch kein „Mangel im Recht“ vorliegt; Mot. II S. 370 (Haidlen S. 601).

*) Mot. II S. 374 f (Haidlen S. 604 f).

**) Oertmann Anm. 3 zu § 537; vgl. aber § 545 Abs. 2.

***) Planck Note 1 zu § 537.

****) Irrtümlich spricht Borcherdt S. 51 von einem Minderungsanspruch und zieht daraus den falschen Schluss, dass der vorausgezahlte Mietzins „ohne Zinsen, aber auch unabhängig von den Schranken der Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung zu erstatten“ sei. Auch die Bemerkung bei Dernburg § 218 I, dass bei der Miete die Ansprüche wegen Sachmängel erst in 30 Jahren verjähren, trifft nur für den Schadensersatzanspruch aus § 538 zu. Für

liegt also nicht der Verjährung*). Ihr Vorschützen im Prozess gegenüber der Klage auf den Mietzins bildet teilweises Leugnen des Klagegrundes, keine wahre Einrede: Mieter braucht nur, specifiziert**), zu behaupten, welche Mängel vorhanden waren und inwieweit sie die Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters beeinträchtigten. Vermieter***) muss dagegen beweisen, dass er den vollen vertragsmässigen Gebrauch (mit zugesicherten Eigenschaften der Sache) gewährte, oder dass er ihn nicht gewährte, weil der Mieter den Mangel zu vertreten habe.

B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Selbsthülferecht des Vermieters.

I. Das Recht auf verhältnismässige Befreiung vom Mietzins oder auf Minderung desselben steht dem Mieter in allen Fällen von Sach- und Rechtsmängeln zu, mögen dieselben beim Abschluss des Vertrages bereits vorhanden gewesen oder erst später entstanden, mögen sie vom Vermieter zu vertreten oder nicht zu vertreten, mag ihre Beseitigung möglich oder nicht möglich sein. Daneben ist ihm in 3 Fällen wahlweise ein weitergehendes Recht gegeben: Er kann, anstatt die Herabsetzung geltend zu machen nach §§ 538, 541 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn

---

den Verwendungsanspruch aus § 538 Abs. 2 gilt § 558. Im Falle des § 537 verjährt nicht das einwendungsweise geltend zu machende Minderungsrecht des beklagten Mieters, sondern der Mietzinsanspruch des Vermieters (u. zw. in 2 oder 4 Jahren § 196 No. 6 § 197). Nur wenn Mieter auf Grund der §§ 537, 812 kondiziert, verjährt sein „Anspruch" in 30 Jahren; dies beruht aber auf andern Gründen. Dem gleichen Irrtum verfällt auch Neumann zu 539 Note 4.

*) Mot. II S. 376, S. 378, 380 (Haidlen S. 605 u. 607, 608, 609).

**) Mittelstein S. 148.

***) Mittelstein a. a. O. und S. 102, 103 vgl. auch Seuffert's Archiv 40 N 286. — § 363 kann eingreifen; „Annahme als Erfüllung" liegt aber nicht schon darin, dass der Mieter die mangelhafte Sache gebrauchte. Über §§ 539, 540, 545 unten C.

1. der Mangel beim Abschlusse des Vertrages vorhanden, ein ursprünglicher war, oder

2. die nachträgliche Entstehung des Mangels vom Vermieter zu vertreten ist, oder

3. der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist; in diesem Falle kann der Mieter den Mangel auch selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 538 Abs. 2).

Der Umfang des hier gedachten Schadensersatzanspruches entspricht, ebenso wie derjenige des zu A. behandelten Minderungsrechtes — grundsätzlich dem Umfang der durch den Mangel bewirkten Nichterfüllung, d. h. er reicht nicht weiter als die zeitliche Dauer und die gegenständliche Grösse des Mangels. Nur dann also ist grundsätzlich nach dem Sinne des § 538 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gegeben, wenn der durch eine der aufgezählten Voraussetzungen qualifizierte Mangel zur Zeit der Überlassung der Mietssache vorhanden ist, vollständige Unbrauchbarkeit der Sache bewirkt, und während der ganzen Mietzeit nicht beseitigt wird, wenn er eben zu zeitlich und gegenständlich vollständiger Nichterfüllung führt. Sonst liegt immer nur teilweise Nichterfüllung vor, und kann daher grundsätzlich*) nach dem Gedanken des § 538 nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Teils der Verbindlichkeit verlangt werden, nämlich nur wegen des Zeitraums, in welchem der Mangel besteht, und nur nach Verhältnis der Grösse des Mangels.

Die drei Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches nach § 538 sollen einzeln in ihrem Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung erörtert werden und zwar die erste zuletzt.

II. Nachträgliche, vom Vermieter zu vertretende Mängel.

---

*) Vgl. aber unten zu V. 1. S. 41, 42.

Der Sach- und Rechtsmangel ist nach Abschluss des Vertrages infolge eines Umstandes entstanden, den der Vermieter zu vertreten hat. Ob letzteres der Fall ist, ist nach §§ 276, 278, 279 B. G. B. zu entscheiden. Mängel bedeuten objektive oder subjektive Leistungsunmöglichkeit (Teil II), nachträglich entstandene Mängel bedeuten nachträgliche Unmöglichkeit. Die nachträgliche subjektive steht der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit gleich (§ 275 Abs. 2). Für diese gelten, wenn sie, wie im vorausgesetzten Falle, vom Vermieter (Schuldner) zu vertreten ist, allgemein § 280, bei gegenseitigen Verträgen § 325. In beiden §§ ist u. a. bestimmt, dass der Gläubiger (Mieter) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Das Gleiche ordnen für die auf dem bezeichneten Mangel beruhende Nichterfüllung die §§ 538, 541 an. Sie enthalten also für den gedachten Fall nichts Neues und von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes.

III. Verzug in der Beseitigung des Mangels.

Der Vermieter kommt mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug:

1. Die Mängel-Beseitigungspflicht des Vermieters.

Der Vermieter hat die vermietete Sache während der ganzen Mietzeit in dem vertragsmässigen Zustande dem Mieter zum Gebrauche zu gewähren (§ 536). Diese Verpflichtung erneuert sich beständig (s. oben A. 1). Der Mieter hat bezüglich ihrer den Erfüllungsanspruch. Ist die Sache wegen eines Mangels nicht im vertragsmässigen Zustand, so hat demnach, soweit es möglich ist, der Vermieter diesen Zustand für die Folgezeit herzustellen, d. h. den Mangel zu beseitigen. Die Mängel-Beseitigungspflicht gilt also, abweichend vom Spezieskauf, bei der Miete, und folgt unmittelbar aus der Rechtsnatur dieser*): sie ist lediglich eine Modifikation der Leistungspflicht.

*) Nicht, wie Schöller bei Gruchot 46 S. 263f meint, nur indirekt aus den §§ 538, 541.

Ebenso wie die letztere findet sie aber ihre Grenze in dem Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 157, 242). Ist ein Mangel, namentlich ein zufällig entstandener, so beschaffen, dass seine Beseitigung schwierig und im Vergleiche zur Gesamt-Gegenleistung des Mieters unverhältnismässig kostspielig wäre, oder ergibt sich nach den sonstigen Umständen des Falles, dass es mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, dem Vermieter die Beseitigung zuzumuten, so entfällt die Beseitigungspflicht in entsprechendem Masse. Die in den Kommissionsprotokollen S. 1859, 1860 (Haidlen S. 609) aufgestellte und von den meisten Schriftstellern angenommene Unterscheidung, dass der Vermieter zum „Erhalten", nicht aber zum „Wiederherstellen" verpflichtet sein soll, und weiter, dass zum „Erhalten" auch das Wiederherstellen dann gehöre, wenn die Identität der Sache dabei gewahrt werden kann, trifft m. E. das Wesentliche nicht. Vielmehr wird auch da, wo nach dieser Unterscheidung in der Beseitigung gewisser Mängel nur ein „Erhalten" der Sache im vertragsmässigen Zustande liegen würde, die Beseitigung und insoweit das „Erhalten" in manchen Fällen nach Treu und Glauben nicht gefordert werden können*).

2. Der Schadensersatzanspruch wegen Verzuges.

Besteht nun wegen der durch Treu und Glauben gezogenen Grenze im Einzelfalle die Pflicht, den Mangel zu beseitigen, nicht, wohin auch der Fall gehört, dass der Mieter den Mangel selbst zu vertreten hat (vgl. oben A. III. c; 254 B. G. B.), so kann der Vermieter mit der Beseitigung auch nicht in Verzug kommen; die Rechtsfolgen bestimmen sich trotz etwaiger Mahnung des Mieters für die ganze übrige Dauer des Mangels nach der für seinen Beginn massgebenden Voraussetzung, also bei zufälligen nachträglichen Mängeln nur Minderungsrecht (§ 537). Besteht aber

*) Ähnlich Dernburg § 217 III S. 159; Oertmann 1 b zu § 536; Mittelstein S. 95 f. vgl. noch Schöller a. a. O. S. 264 Note 62 und S. 268 Note 64.

im Einzelfall die Beseitigungspflicht, so ist der Verzug nach den §§ 284, 285 zu beurteilen: Die Fälligkeit des Beseitigungsanspruchs tritt naturgemäss mit dem Mangel selbst ein. Mahnt darauf der Mieter, so ist zur Beseitigung eine angemessene Frist zu gewähren. Bis zum Ablauf derselben bestimmen sich die Rechtsfolgen des Mangels, wie vorher. Mit dem Ablauf tritt, wenn die Beseitigung nicht erfolgte, der Verzug in Wirksamkeit: von da ab hat der Mieter, wie nach § 538 so auch nach allgemeinen Grundsätzen (§ 286)*) den Schadensersatzanspruch. Insoweit bringt also auch dieser Fall der §§ 538, 541 nichts neues.

Im einzelnen interessiert für den Schadensersatzanspruch infolge Verzuges folgendes: Liegt schon eine der beiden andern Voraussetzungen des § 538 vor (oben II und unten IV), so ist es regelmässig — eine Ausnahme unten bei e — gleichgültig, ob die Beseitigung des Mangels möglich ist oder nicht; der Schadensersatzanspruch ist so wie so für die ganze Dauer der Mangelhaftigkeit gegeben, des Verzuges bedarf es nicht erst noch. Begründete aber der Mangel anfänglich nur das Minderungsrecht nach § 537, so muss man unterscheiden:

a. ist die Beseitigung des Mangels zufällig dauernd unmöglich, dann besteht für den ganzen Rest der Mietzeit nur das Minderungsrecht, denn der Vermieter kann mit der Beseitigung nicht in Verzug kommen.

b. war die Beseitigung möglich, ist sie aber später zufällig unmöglich geworden, bevor der Vermieter mit ihr in Verzug kam, dann bleibt ebenfalls nur das Minderungsrecht bestehen.

---

*) Der § 326 ist hier nur in besonderer Form anwendbar: Ist Vermieter mit der Beseitigung bereits im Verzuge, so kann ihm Mieter eine Nachfrist mit der Erklärung setzen, dass er die Beseitigung nach Ablauf der Frist ablehne. Nach deren fruchtlosem Ablauf wird der Verzug auch für die Zukunft unheilbar, der Schadensanspruch für die ganze Restmietzeit dauernd: es tritt eine fiktive Unmöglichkeit der Beseitigung ein. Vgl. dazu Schöller S. 267 d

c. die Beseitigung war möglich, ist aber zufällig unmöglich geworden, nachdem Vermieter bereits in Verzug gesetzt war; dann läuft der durch den Verzug begründete Schadensersatzanspruch fort, Vermieter kann ihn aber wieder auf das Minderungsrecht reduzieren durch den Nachweis, dass der Schaden durch das die Beseitigungsunmöglichkeit herbeiführende Ereignis auch entstanden wäre, wenn er den Mangel rechtzeitig beseitigt hätte (§ 287).

d. die Beseitigung war möglich, ist aber später durch einen Umstand unmöglich geworden, den der Vermieter zu vertreten hat; dann kann der Mieter den Vermieter mit der Beseitigung des Mangels noch in Verzug setzen, obgleich die Beseitigung jetzt tatsächlich unmöglich ist (argum. e contr. § 285). Denn die Beseitigung unterbleibt dann infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat. Dafür aber muss er in gleicher Weise haftbar gemacht werden können, wie wenn er die Entstehung des Mangels zu vertreten hätte (oben II). Bis zur Mahnung gelten in diesem Falle also die Rechtsfolgen aus § 537, von der Mahnung ab, da eine Fristsetzung hier zwecklos wäre, diejenige des § 538, nämlich der Schadensersatzanspruch.

e. ist endlich die ursprünglich mögliche Beseitigung des Mangels durch ein Verschulden des Mieters unmöglich geworden, so bestimmt sich der Umfang der Gewährleistung für die Folgezeit nach dem relativen Merkmal des überwiegenden Verschuldens (§ 254). Hiernach kann für die Zukunft auch das Minderungsrecht des Mieters ganz wegfallen, und andrerseits kann dieser Gesichtspunkt auch dort abändernd eingreifen, wo der Mangel schon von vornherein (ohne hinzutretenden Verzug) einen Schadensersatzanspruch des Mieters begründete (nämlich in den Fällen unter II und IV). Wie weit jene Folgen eintreten, lässt sich jedoch nur an der Hand des einzelnen Falles beurteilen.

3. Das Selbsthülferecht des Mieters.

Nach Abs. 2 des § 538, 541 kann der Mieter im Falle des Verzugs den Mangel auch selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Hier ist die erste Vorschrift aus der Sonderregelung der §§ 537—541, die sich nicht, wie die bisher behandelten, ohne weiteres auch aus den allgemeinen Grundsätzen über Nichterfüllung herleiten lässt. Die Motive (II. S. 395) behaupten zwar, es sei fraglich, ob die Bestimmung nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen folge, und verweisen dabei auf die (jetzigen) §§ 812 ff. 157, 242 B. G.-B. Inwiefern jenes der Fall sein soll, leuchtet jedoch nicht recht ein. Nimmt man daher die Bestimmung des § 538 Abs. 2 als positive Sondervorschrift hin, so ist andrerseits klar, dass sie von grosser praktischer Bedeutung ist. Denn da der Mietzins regelmässig postnumerando zu zahlen ist, so hat der Mieter in ihm eine natürliche Sicherung seines Verwendungsanspruches: er kann ihn retinieren und aufrechnen; bei Miete beweglicher Sachen kann er auch die Sache selbst retinieren*). Er wird sein Selbsthülferecht also meistens ohne alle Gefahr für die Verwirklichung seines Anspruchs auf Ersatz der Aufwendungen gegen den säumigen Vermieter ausüben können und deshalb leicht davon Gebrauch zu machen geneigt sein. Die Motive a. a. O. weisen denn auch auf die praktische Wichtigkeit der Vorschrift hin und erwarten eine ausgiebige Anwendung auf ähnliche Fälle.

Das Recht des Mieters, die Mängel auf Kosten des Vermieters selbst zu beseitigen, konkurriert nicht nur mit demjenigen Schadensersatzanspruch der in erster Linie auf Verzug des Vermieters in der Beseitigung eines Mangels beruht, sondern der Mieter kann natürlich den Vermieter auch in Verzug setzen, wenn der Mangel schon beim Abschlusse des Vertrages vorhanden war oder seine spätere Entstehung vom Vermieter zu

*) Endemann § 168 Note 7 S. 755.

vertreten ist, wenn also ein Schadensersatzanspruch zunächst auf einer der übrigen zwei Voraussetzungen des § 538 beruht. Er kann also auch hier seinem weiteren Schaden abhelfen, indem er nach erfolgter Mahnung den Mangel selbst beseitigt, falls dies überhaupt möglich ist, und kann in dieser Weise seinen Schadensersatzanspruch für die Zukunft in den Verwendungsanspruch umwandeln.

Für den Verwendungsanspruch gelten §§ 256, 257; er verjährt in sechs Monaten von der Beendigung der Miete an (§ 558). Hat der Mieter den Mangel selbst verschuldet, so hat er auch keinen Anspruch auf Ersatz der zur Beseitigung gemachten Aufwendungen (§ 254).

Das Mangel-Beseitigungsrecht des Mieters besteht in demselben Umfang wie die Beseitigungspflicht des Vermieters. Es gilt das oben (III 1.) über diese Gesagte. Dort handelt es sich aber nur darum, welche Mängel und wieweit sie beseitigt werden müssen, während es Sache des Vermieters ist, wie er sie beseitigt. Hier dagegen tritt die Frage hinzu, wie der Mieter den Mangel beseitigen darf. Bei Sachmängeln wird das im Einzelfalle leicht zu entscheiden sein, bei Rechtsmängeln dagegen oft ebenso schwer; darf z. B. der Mieter, dem der gutgläubige Nichteigentümer auf 5 Jahre ein Haus vermietete, welches ihm nach einem Jahre vom wahren Eigentümer entzogen wird, dem letzteren das Hausabkaufen und seinem Vermieter aufdrängen, nachdem er diesen zuvor in Verzug mit der Beseitigung des Rechtsmangels gesetzt hatte? Oder darf er es nur dem Eigentümer für seine Restmietzeit abermals abmieten und den Mietzins vom ersten Vermieter fordern? Und wie, wenn der Eigentümer es zwar verkaufen, sich aber nicht in andrer Weise abfinden lassen will? Dergleichen Fragen lassen sich nur unter Würdigung aller näheren Umstände des Einzelfalles beantworten, wobei die Grundsätze von Treu und Glauben und des Chikaneverbots (§§ 157, 242, 226)

dem Selbsthülferecht des Mieters die zweckentsprechende Grenze setzen werden*).

Sehen wir einmal von diesem Selbsthülferecht ab, so lässt sich an dieser Stelle rückblickend die Tatsache feststellen, dass für alle bisher behandelten Fälle der Mängel einer vermieteten Sache die gesetzliche Sonderregelung der Gewährleistungspflicht des Vermieters nicht von denjenigen Ergebnissen abweicht, welche sich mangels dieser Sonderregelung auch aus den allgemeinen Vorschriften würden herleiten lassen. Bis hierher stehen sich die Folgen der Sach- oder Rechts-Mängel mit den Folgen der Nichterfüllung der Vermieterverpflichtung aus andern Ursachen durchaus gleich. Eine wesentliche Verschiedenheit bringt erst der unter IV zu behandelnde Fall der §§ 538, 541.

IV. Ursprüngliche Mängel.

Der Mangel der vermieteten Sache war bereits beim Abschluss des Vertrages vorhanden.

Auch an diese Voraussetzung knüpfen die §§ 538, 541 den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Darin liegt, wenigstens soweit Sachmängel in Frage kommen, eine weitgehende Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen. Wollte man die letzteren anwenden, so muss man den gedachten Fall für die Rechtsmängel und für die Sachmängel gesondert betrachten.

1. Ursprüngliche Rechtsmängel.

Sie bedeuten theoretisch eine ursprüngliche blos subjektive Unmöglichkeit der Leistung (oben II. Teil). Die subjektive Unmöglichkeit ist aber der objektiven nur gleichgestellt, wenn sie eine nachträglich eintretende ist (§ 275). Ist sie schon bei Abschluss des Vertrages vorhanden, so steht sie der objektiven Unmöglichkeit nicht gleich, insbesondere sind §§ 306 ff nicht auf sie

*) Vgl. noch Mittelstein S. 126; Schöller bei Gruchot 46 S. 264 Anm. 62; Plank meint, dass die entsprechende Anwendung des § 538 Abs. 2 bei Rechtsmängeln überhaupt nur ausnahmsweise in Frage kommen könne.

anwendbar. In der vertragsmässigen Übernahme einer Leistung liegt die Zusicherung, dass Schuldner zur Bewirkung der Leistung imstande ist. Durch ein von vornherein vorhandenes Unvermögen wird daher der Schuldner nicht befreit. Vielmehr bleibt trotz subjektiver Erfüllungsunmöglichkeit die Verbindlichkeit des Schuldners in vollem Umfange bestehen. Schuldner hat die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit „zu vertreten" und daher dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (§§ 325, 280 Abs. 1)*). Auf den vorausgesetzten Fall der Miete angewendet heisst das: durch das Vermieten übernimmt der Vermieter die Haftung für das Bestehen seines Vermietungsrechtes; besteht dies Recht nicht oder nicht vollständig, und erwächst infolgedessen dem Mieter dadurch, dass der wahre Berechtigte ihm die Sache entzieht, ein Schaden, so muss ihm der Vermieter diesen Schaden ersetzen. Jene Haftungsübernahme bezieht sich aber nur auf das Bestehen des Rechtes zur Zeit der Vermietung. Für späteres Fortfallen des Vermietungsrechtes, d. h. für spätere Entstehung von Rechten dritter haftet der Vermieter auf Schadensersatz nur, wenn er sie nach §§ 276, 278, 279 zu vertreten hat (oben II); denn dann liegt nachträgliche subjektive Unmöglichkeit vor, welche, da sie der nachträglichen objektiven gleichsteht, nur schadensersatzpflichtig macht, wenn der Schuldner sie zu vertreten hat (§ 275, 280). Ist dagegen das fremde Recht schon beim Abschluss des Vertrages vorhanden, führt der Rechtsmangel also zu ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit, so ist es nach dem eben Ausgeführten gleichgültig, ob der Schuldner den Rechtsmangel etwa schuldhaft herbeigeführt und ob er ihn überhaupt gekannt hatte oder nicht. Er hat ihn unter allen Umständen „zu vertreten" und daher dem Gläubiger den aus seinem Vorhandensein entstehenden Schaden zu ersetzen, der § 541 deckt sich also auch

*) Vgl. Neumann Note 2 zu § 306; Mittelstein S. 88.

für diesen Fall noch durchaus mit den allgemeinen Grundsätzen*).

2. Ursprüngliche Sachmängel.

Sie fallen unter die objektive Unmöglichkeit der Leistung. Massgebend wären, ohne den § 538, also die §§ 306—308. Danach würde der Mietsvertrag insoweit, als der Mangel reicht, nichtig sein — jedoch vorbehaltlich des § 139 und § 308 Abs. 1 — und der Mieter könnte unter gewissen Umständen Ersatz des negativen Vertragsinteresses fordern. — Es wäre zwecklos, dies ins Einzelne zu verfolgen, da grade hier der Punkt ist, in welchem die Vorschriften über die Mängelhaftung bei der Miete die einschneidendste Änderung der aus den allgemeinen Grundsätzen abzuleitenden Rechtsregelung treffen.

Die durch ursprüngliche Unmöglichkeit regelmässig (§ 306) begründete Nichtigkeit einer Vertragsverpflichtung kann vertragsmässig ausgeschlossen werden durch die Übernahme einer Garantie für das Möglichwerden der Leistung, dergestalt, dass in der Garantieübernahme das Versprechen zu finden ist, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Leistung nicht möglich werden sollte**). Diese Garantieübernahme kann natürlich auch dann rechtsgültig geschehen sein, wenn die Parteien die bestehende Unmöglichkeit nicht einmal gekannt haben. Es ist lediglich Auslegungsfrage, ob durch die Übernahme der Verpflichtung zu einer objektiv unmöglichen Leistung das Möglichwerden und damit die vollständige Vertrags-Erfüllung garantiert wurde oder nicht**).

a. Nun kann jedenfalls bei der Miete (wie auch beim Kauf) die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Sache nicht anders ausgelegt werden, als dass in dieser Zusicherung eben die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft und das Versprechen liegt, für alle Folgen einstehen zu

*) Vgl. hierzu Mot. II S. 378 f. (Haidlen S. 608).

**) Neumann Note 5 zu § 306.

wollen, wenn die Eigenschaft fehlte*). Fehlt sie zur Zeit der Zusicherung (des Vertragsschlusses), so hat also der Vermieter den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fehlte sie zu dieser Zeit noch nicht, sondern fällt sie erst später fort, so haftet er auf Schadensersatz nur unter den sonstigen Voraussetzungen (oben II und III); denn soweit geht die in der Zusicherung liegende Garantie nicht, dass die Eigenschaft auch noch z. Z. der Überlassung der Sache und während der ganzen Mietsdauer zur Vermeidung der Schadensersatzpflicht vorhanden sein müsste; insoweit besteht vielmehr nur eine gewöhnliche Verbindlichkeit nach Massgabe des § 536**)

b. Folgt sonach der im § 538 wegen ursprünglicher Mängel gegebene Schadensersatzanspruch für die eine Art der Sachmängel aus der vernünftigen Vertragsauslegung, so wird er für die andere Art, nämlich die Tauglichkeitsfehler (§ 537 Abs. 1) gesetzgeberisch dadurch begründet, dass „nach der Auffassung des B. G.-B. der Vermieter eine den vertragsmässigen Gebrauch des Mieters bedingende Tauglichkeit der Mietsache nicht blos versprochen, sondern zugleich stillschweigend garantiert hat"***). Bei Zugrundelegung dieser Auffassung, die praktisch von weittragender Bedeutung ist****), leitet sich der hier behandelte Schadensersatzanspruch wegen ursprünglicher Sachfehler genau entsprechend dem eben über das Fehlen zugesicherter Eigenschaften Gesagten ab. Auch hier „erstreckt sich das zu unterstellende Garantieversprechen des Vermieters nicht auf die nach dem Vertragsschlusse eintretenden Mängel***)".

3. Bei allen Arten von Mängeln,

die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden sind, ist es für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht-

*) Mot. II zu § 385, S. 228.
**) Mot. II a. a. O. und S. 377.
***) Mot. II S. 377 (Haidlen S. 606).
****) Vgl. die Beispiele bei Mittelstein S. 110, 111.

erfüllung einerlei, ob sie der Vermieter verschuldet hat oder nicht, ob er sie gekannt hat oder wenigstens hätte kennen müssen*) oder nicht, ob ihre Beseitigung möglich ist oder nicht. War die Beseitigung des Mangels ursprünglich noch möglich, ist sie aber darauf durch Schuld des Mieters unmöglich geworden, so kommt § 254 zur Anwendung (oben III 1 e) ist sie zufällig unmöglich geworden, so kann § 275 eingreifen (Motive a. a. O.), und dementsprechend die Schadensersatzpflicht für die Folgezeit auf die Mietzinsminderung herabgesetzt sein.

V. Umfang und Inhalt des Schadensersatzanspruchs.

1. Über den grundsätzlichen Umfang des nach den einzelnen Voraussetzungen der §§ 538, 541 begründeten Schadensersatzanspruchs ist bereits oben zu I (S. 30) gesprochen worden. Dort wurde behauptet, dass nach dem Sinne des § 538 der Ersatzanspruch zunächst nicht weiter reicht, als die gegenständliche und zeitliche Nichterfüllung infolge des Mangels. Hier ist folgendes nachzuholen: Der § 538 muss aus den allgemeinen Vorschriften ergänzt werden (s. II. Teil unter b. S 17). Diese nun ergeben für die Fälle gegenständlich teilweiser Nichterfüllung, dass, wenn die teilweise Erfüllung für den Mieter kein Interesse hat, er sie ablehnen und Schadensersatz wegen gegenständlich vollständiger Nichterfüllung fordern darf (§§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2, 284 Abs. 2, 326 Abs. 1 S. 3). Wenn also ein Mangel, der an sich einen Schadensersatzanspruch nach § 538 begründet, den vertragsmässigen Gebrauch der Sache nur zum Teil beeinträchtigt, so kann der Mieter, wenn er kein Interesse daran hat, den möglichen Gebrauch von der Sache zu machen,

*) Nach gemeinem Recht war bei Sachfehlern die Kenntnis oder schuldhafte Unkenntnis des Vermieters entscheidend. Kannte er schuldlos den Fehler nicht, so minderte sich nur sein Mietzinsanspruch: Dass die vermieteten Weingefässe undicht waren, musste er wissen, dass auf der verpachteten Weide schädliche Kräuter wachsen, brauchte er nicht zu wissen. l 19 § 1 Dig. loc. 19. 2.

den Gebrauch der Sache, solange sie mangelhaft ist, ganz und gar ablehnen, und Schadensersatz in dem Umfange fordern, als mache der Mangel den vertragsmässigen Gebrauch vollständig unmöglich. — Die weitere Frage, ob der Mieter unter der entsprechenden Voraussetzung auch den Gebrauch der Sache für die ganze Restmietzeit ablehnen, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung während dieser ganzen Zeit fordern kann, gehört zur Erörterung des § 542. Sie ist im wesentlichen gleichbedeutend mit der Frage, ob neben der Kündigung gemäss § 542 ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestehen kann. (Vgl. darüber Schöller bei Gruchot 46 S. 276 ff. Ziff. 5; vgl. auch R.-G.-E. 52 S. 18 für ein ähnliches Verhältnis.)

2. Bei der Feststellung des Inhalts des Schadensersatzanspruches kommt eine berühmte Streitfrage zur Hebung. Es fragt sich nämlich, ob der Mieter, wenn er „anstatt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen“ Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, zur Zahlung des vollen Mietzinses verpflichtet bleibt, ob er also den Schadensersatzanspruch nur als juristisches Äquivalent der Naturalerfüllung erlangt, oder ob der Schadensersatzanspruch, soweit er reicht, an die Stelle der beiderseitigen Leistungspflicht der Parteien tritt, dergestalt dass sich der Vertreg insoweit ipso jure auflöst, und statt seiner das einseitige Erfüllungsinteresse des Mieters auftritt*). Praktisch äussert sich der Unterschied hauptsächlich darin, dass nach dem einen Standpunkt eine Aufrechnung zwischen Schadensanspruch und Mietzins stattfindet, nach dem andern nicht. Die Frage ist von ganz allgemeiner Bedeutung, sie fällt unter die Streitfrage, ob die Vertragspartei, welche sich in den Fällen der §§ 325, 326 für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entscheidet, zur Gegenleistung verbunden bleibt, ja sie reicht prinzipiell

*) s. Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 265.

noch weiter zurück*). Da die Frage für alle Schuldverhältnisse einheitlich entschieden werden muss, so kann sie auch für die Miete aus dieser allein heraus ohne Zurückgreifen auf die übrigen und ohne ausführliche prinzipielle Erörterungen nicht beantwortet werden. Es ist deshalb hier nicht der Ort, zu ihr Stellung zu nehmen. Angedeutet mag nur werden, dass wegen der praktischen Konsequenzen gerade bei der Miete die Ansicht der Minderheit den Vorzug zu verdienen scheint, wonach der Mietzins im Verhältnis der unvollständigen Erfüllung nicht geschuldet wird, auch wenn der Mieter statt Minderung Schadensersatz wählt. (Vgl. das Beispiel bei Schöller, Gruchot Bd. 46. S. 266).

Folgt man dieser Ansicht, so kann der vorausgezahlte Mietzins zurückgefordert werden. Die Zurückforderung gehört dann zum Inhalt des Schadensersatzanspruchs und geschieht deshalb hier ohne die Schranken rechtloser Bereicherung.

Der Mieter muss, wenn er Schadensersatz wählt, sämtliche Voraussetzungen seines Anspruchs beweisen: den Mangel, seinen Schaden, die Ursächlichkeit**) jenes für diesen und die Qualifikation des Mangels nach einer der drei Voraussetzungen***).

Der Ersatzanspruch verjährt in 30 Jahren.

C. Änderung und Fortfall der Gewährleistungspflicht.

I. Vertragsmässige Regelung der Haftung.

Die §§ 537 ff. — ausser § 540, aber einschliesslich des unten zu behandelnden § 539 — enthalten dispositives Recht. Die Parteien können die Haftung des

*) Schöller ebenda Bd. 45 S. 512 ff. Über den Stand der Ansichten vgl. Staffel im Archiv für civ. Praxis 92 S. 467.

**) Den etwaigen Gegenbeweis aus § 254 hat Vermieter zu führen.

***) Vgl. Mittelstein S. 111 f. Borcherdt S. 51, 52, Fuld S. 73.

Vermieters für Mängel jeder Art abweichend von der gesetzlichen Regelung ordnen. Aus der vertragsmässigen Regelung, welche jedesmal diejenige Partei beweisen muss, die sich darauf beruft, ergeben sich in solchem Falle Voraussetzung, Umfang und Inhalt der Haftung. Die Gewährleistungspflicht des Vermieters kann in dieser Weise gegenüber der gesetzlichen verschärft oder auch abgeschwächt werden. Wird sie abgeschwächt, so ist jedoch die darauf abzielende Vereinbarung nichtig, wenn der Mangel, auf den sich diese bezieht, vom Vermieter arglistig verschwiegen wurde (§ 540 und Verweisung im § 541) und es tritt insoweit die gesetzliche Haftung wieder in Kraft. Der Mieter muss, wenn er die Nichtigkeit der Vereinbarung geltend machen will, beweisen, dass der Vermieter den Mangel arglistig, d. h. „in der Absicht, den Mieter zu täuschen*)“ verschwiegen hat. — Diese gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit ist eine Folgerung aus dem allgemeinen Prinzip, dass ein pactum ne dolus praestetur nichtig ist (§ 276 Abs. 2), und entspricht den analogen Sätzen beim Kauf und Werkvertrag (§§ 443, 476, 637**). Selbstverständlich kann dem Vermieter die Haftung für einen arglistig verschwiegenen Mangel vom Mieter nachträglich erlassen werden.

II. Kenntnis des Mangels auf Seiten des Mieters

1. beim Abschluss des Vertrages.

Für alle Arten von Mängeln gilt § 539 Satz 1 (vgl. § 541), wonach der Mieter weder den Mietzins mindern noch Schadensersatz, noch Ersatz von Aufwendungen (gemäss § 538 Abs. 2) verlangen kann, wenn ihm beim Abschlusse des Vertrages der Mangel der gemieteten Sache bekannt war, was der Vermieter

*) Planck zu § 443. Die Täuschung muss ihm aber gelungen sein, hat Mieter den Mangel erkannt, und gleichwohl die Vereinbarung geschlossen, so ist sie gültig. Neumann zu § 476.

**) Oertmann zu § 540; Motive II S. 377 f. S. 223, 238.

beweisen muss. Selbst bei Arglist des Vermieters verliert der Mieter durch die Kenntnis des Mangels beim Vertragsschlusse seine Rechte*); denn das arglistige Verschweigen ist ja dann ohne Erfolg gewesen.

Wusste der Mieter, dass die Sache mit einem Fehler behaftet war, der ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen werde, und schloss er gleichwohl den Mietvertrag ab, so verzichtet er damit stillschweigend darauf, die Sache in besserem Zustande zu erhalten: er hat es sich selber zuzuschreiben, wenn er wegen des ihm bekannten Fehlers nicht den vollen Gebrauch von ihr machen kann (vgl. l 13 § 6 Dig. de damno inf. $39,_2$**). Wusste er, dass die Sache die besondere Eigenschaft nicht besitze, welche sie nach der Behauptung (Zusicherung) des Vermieters besitzen sollte, so hat er diese Behauptung eben nicht ernst genommen, sondern nur als allgemeine Anpreisung aufgefasst, die für ihn in keiner Weise mitbestimmend gewesen ist, den Mietvertrag abzuschliessen: er hat die Sache eben auch ohne die Eigenschaft mieten wollen, und kann sich nun nicht nachträglich auf die Zusicherung berufen. — Wusste er endlich, dass dem Vermieter das Recht, die Sache zu vermieten, garnicht uneingeschränkt zustand, und mietete er sie trotzdem von ihm, so hat er damit die Gefahr, welche ihm für den Gebrauch der Sache aus dem Rechte des Dritten drohte, übernehmen wollen: es ist auch bei juristischen Mängeln sein Verzicht auf die Gewährleistung für dauernde Gebrauchsmöglichkeit anzunehmen***).

Aber gerade im letzten Falle wird der Sinn des Vertrages häufig ein Anderes ergeben. Es wird nach Absicht der Parteien der Mieter die Gefahr der vollständigen Eviktion nicht in dem Masse übernehmen sollen, dass er den vollen Mietzins fort zahlen muss,

*) Mittelstein S. 106; Oertmann Anm. 1 zu 539.

**) Oertmann a. a. O.

***) Mot. II zu § 508 S. 379, 380, zu § 373 S. 215, 216 (Haidlen S. 609, 511).

wenn der Dritte sein Recht geltend macht, sondern es wird nur für den Fall gemietet sein sollen, dass der Berechtigte mit der Vermietung einverstanden ist, und sein besseres Recht nicht gegen den Mieter geltend macht. Tut er es dennoch, so behält der Mieter in solchem Falle das Minderungsrecht, nur hat er keinen Anspruch auf Schadensersatz*). Befristete und bedingte Rechte dritter gelten in Rücksicht der Haftung als schon vorhanden**). Kennt aber der Mieter das Bestehen des befristeten oder bedingten Rechtes beim Abschluss des Mietvertrages, so wird daraus nicht schlechthin zu folgern sein, dass er, wenn während seiner Mietzeit die Bedingung oder der Termin und infolgedessen die Eviktion der Mietsache eintritt, keinerlei Rechte aus der Gewährleistung habe. Auch hier wird er vielmehr regelmässig den Mietzins verweigern bezw. kürzen können. Schadensersatz wird er dagegen nur verlangen können, wenn der Vermieter eine besondere Garantie dafür übernommen hat, dass er seinem Mieter den Mietvertrag werde aushalten können***), oder wenn der Vermieter das Wirksamwerden des fremden Rechts schuldhaft herbeigeführt hat, z. B. er hatte die vermietete Sache selbst gemietet und gibt durch sein vertragswidriges Verhalten seinem Vermieter Anlass zur Kündigung, wodurch dann seinem Untermieter die Sache vorzeitig durch das Recht des ersten Vermieters (§ 556 Abs. 3) entzogen wird.

Trotzdem der Mieter den Mangel (irgend einer Art) beim Vertragsschluss kannte, verbleiben ihm alle Gewährleistungsrechte, wenn, was Mieter beweisen muss, die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht haben, dass der Vermieter den Mangel beseitigen sollte. Diese Einschränkung des § 539

*) Vgl. Arnold S. 56. Mittelstein S. 108.

**) Oertmann Anm. 2. b. zu § 541; Planck Anm. 2.

***) Vgl. Mittelstein S. 92. 108.

Satz 1 erwähnt zwar das Gesetz nicht, sie ist aber selbstverständlich*).

2. Kenntnis des Mangels bei der Annahme der Sache.

Kannte der Mieter zwar beim Vertragsschluss den Mangel der vermieteten Sache noch nicht, ist ihm aber später ein physischer Mangel derselben bekannt geworden, und nimmt er nun trotz dieser Kenntnis die Sache an, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorzubehalten, so verliert er ebenfalls die Rechte aus §§ 537, 538 (§ 539 Satz 2 Verweisung auf § 464).

Denn die vorbehaltlose Annahme in Kenntnis eines die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigenden Fehlers oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft bedeutet wiederum einen Verzicht auf bessere Beschaffenheit der Sache**). Nicht so bei Mängeln im Rechte: man kann nicht ohne weiteres annehmen, dass der Mieter, der eine Sache in Unkenntnis ihrer besonderen Rechtslage gemietet hatte, und dieselbe von seinem Vermieter annimmt, obgleich er inzwischen erfahren hat, dass demselben das Vermietungsrecht nicht oder nur beschränkt zustand, deshalb auf seine Rechte wegen etwaiger Eviktion verzichten will, auch wenn er sich diese Rechte nicht besonders vorbehält. Vielmehr ist es Frage der Auslegung was die vorbehaltlose Annahme der Sache trotz Kenntnis von dem Bestehen eines fremden Rechts im einzelnen Falle bedeutet***). Deshalb ist eine Bestimmung hierüber in das Gesetz nicht aufgenommen worden.

Der Vermieter, der sich auf den Fortfall seiner Haftung berufen will, muss beweisen, dass der Mieter

*) Mot. II S. 226, 377. Oertmann Anm. 2 zu § 539, Niendorff S. 73; Mittelstein S. 106; Fuld S. 70; Jurist. Wochenschrift von 1897 S. 179 n. 49 betr. Preuss. A. L. R.; Planck Anm. 1 zu § 539.

**) Mot. II S. 229—230 (Haidlen S. 530).

***) Kommiss. Prot. S. 1863 (Haidlen S. 606).

den physischen Mangel der Sache bei der Annahme gekannt hat; der Mieter muss demgegenüber event. seinen Vorbehalt dartun. Trotz vorbehaltloser Annahme bleiben dem Mieter wieder alle Rechte erhalten, wenn der Vermieter den Fehler noch beseitigen bezw. die Eigenschaft noch herstellen soll*).

3. Erlangt der Mieter im Laufe der Mietsdauer Kenntnis von einem Mangel der Sache oder von der Geltendmachung eines Rechtes durch einen Dritten, dann muss er dem Vermieter unverzüglich Anzeige machen. Unterlässt er das, so kann er Mietzinsminderung und Schadensersatz**) wegen des Mangels insoweit nicht verlangen, als „der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhülfe zu schaffen ausser Stande war“ (§ 545 Abs. 2) d. h. „für diejenige Zeit, in welcher der Mangel oder das Recht bei rechtzeitiger Anzeige schon hätte beseitigt sein können und bezüglich desjenigen Schadens, welcher dadurch hätte vermieden werden können“***). Wäre aber auch bei rechtzeitiger Anzeige der Vermieter nicht imstande gewesen, Abhülfe zu schaffen, oder war die Anzeige aus andern Gründen belanglos, so hat die Unterlassung der Anzeige keinen Einfluss auf die Gewährleistungspflicht des Vermieters.

Der Vermieter muss, um den Wegfall seiner Haftung zu begründen, beweisen, dass und wann der Mangel dem Mieter bekannt war, der Mieter muss dagegen beweisen, dass er unverzüglich Anzeige gemacht hat, oder dass seine Anzeige auf die Abhülfe einflusslos gewesen wäre, z. B. weil der Vermieter den Mangel schon kannte****).

*) s. Anm. 1, S. 47.

**) Der Ausschluss des Verwendungsanspruchs (aus § 538 Abs. 2) fällt hier fort, weil der Vermieter ja nicht in Verzug kommen kann, bevor der Mangel ihm bekannt geworden ist.

***) Borcherdt S. 45.

****) Vgl. über § 545 im Einzelnen noch Planck, Oertmann, Mittelstein S. 131 f.

III. Unkenntnis des Mangels auf Seiten des Mieters.

1. Die grobfahrlässige Unkenntnis eines Tauglichkeitsfehlers beim Abschluss des Vertrages nimmt endlich ebenfalls dem Mieter die Rechte auf Gewährleistung, es sei denn, dass der Vermieter den Fehler arglistig verschwiegen hatte (§§ 539 Satz 2, 460).

Dass dem Mieter der Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, muss Vermieter, dass dieser ihn arglistig verschwiegen hat, Mieter beweisen.

Wann grob-fahrlässige Unkenntnis vorliegt, ist Tatfrage*). Ob die Nichtbesichtigung der Mietsache vor Abschluss des Vertrages dem Mieter als grobe Fahrlässigkeit ausgelegt werden kann, und daher die Gewährleistungspflicht für solche Fehler ausschliesst, die der Mieter bei der Besichtigung sofort erkannt haben würde, kann zweifelhaft sein. Mittelstein S. 106/107 verneint diese Frage rundweg, weil eine Besichtigungspflicht für den Mieter nicht bestehe. Dem kann nicht ohne weiteres beigetreten werden. Wenn z. B. jemand an seinem Aufenthaltsorte eine grosse Familienwohnung unbesehen auf lange Zeit mieten würde, so dürfte es doch recht fraglich erscheinen, ob er Fehler, die offen zu Tage lagen, noch rügen kann. Es wird regelmässig darauf ankommen, ob die Mietsangelegenheit für den Mieter von Wichtigkeit und die Besichtigung leicht zu bewerkstelligen war**).

Die grob-fahrlässige Unkenntnis beim Vertragsschluss schadet dem Mieter nur, wenn es sich um „Fehler" der Sache (§ 537 Abs. 1) handelt, deren Abwesenheit auch nicht zugesichert ist (§§ 539 Abs. 2, 460). Hatte sich der Mieter eine Eigenschaft oder die Abwesenheit des Fehlers vom Vermieter zusichern lassen, so hat er damit seiner Pflicht zur Sorgfalt genügt, und braucht sich nicht mehr darum zu kümmern, ob die zugesicherte Eigenschaft auch wirklich vor-

*) Mot. II S. 226 (Haidlen S. 528).

**) So für den Kauf: Rsp. d. O.-L.-G. Bd. 4 S. 32.

handen, der abgelehnte Fehler wirklich nicht vorhanden ist. Er kann sich dann unter allen Umständen auch bei grob-fahrlässiger Unkenntnis — falls er nur nicht den Mangel wirklich kannte (oben II 1) — auf die Zusicherung berufen, nicht blos bei arglistigem Verschweigen des Vermieters. Mieter muss aber beweisen, dass die Eigenschaft oder die Abwesenheit des Fehlers zugesichert war.

Auch die Unkenntnis von Rechtsmängeln, mag sie selbst grob-fahrlässig sein, schadet dem Mieter nicht (§ 541 verweist nicht auf Satz 2 des § 539*). Der Mieter braucht sich nicht darum zu kümmern, ob derjenige, der ihm eine Sache zur Miete anbietet, auch das unumschränkte Recht hat, die Sache zu vermieten. Wer eine Sache vermietet, übernimmt vielmehr durch das Vermieten die Garantie dafür, dass er dies Recht hat. Hat er es nicht, so kann es wohl für seine Haftung von Einfluss sein, wenn der Mieter das wusste, nicht aber, wenn dieser es aus irgend einem Grunde, sei es selbst grob-fahrlässiger Weise, nicht wusste. Der Vermieter, der für Eviktion nicht haften will, hätte dem Mieter mitteilen müssen, dass ihm möglicherweise eine völlige oder teilweise Eviktion der Sache drohen werde.

2. Unkenntnis eines Mangels zu anderer Zeit als beim Vertragsschluss, namentlich zur Zeit der Annahme, schadet dem Mieter im allgemeinen nicht, mag auch die Unkenntnis eine grob-fahrlässige sein. Die Anzeigepflicht des Mieters gemäss § 545 ist aber unter Umständen schon verletzt, wenn der Mieter in fahrlässiger Unkenntnis des zutage getretenen Mangels geblieben war. Vgl. darüber Oertmann Anm. 2 und 5 zu § 545. In solchem Falle fällt die Gewährleistungspflicht des Vermieters in gleichem Umfange fort, als hätte der Mieter trotz Kenntnis des Mangels die rechtzeitige Anzeige unterlassen (oben II. 3.).

*) Mot. II S. 379, 380, 215, 216 (Haidlen S. 609).

IV. Über den Fortfall der Gewährleistungspflicht, wenn der Mieter den Mangel zu vertreten hat, ist schon bei der Darstellung der einzelnen Gewährleistungsrechte des Mieters gesprochen worden.